

Skatterettslige spørsmål vedrørende Private Equity fond

Kandidatnummer: 590

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17917



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Temaets aktualitet.....	1
1.3	Avgrensning.....	2
1.4	Metode og rettskildebruk.....	3
2	PRIVATE EQUITY FOND	5
2.1	Definisjon	5
2.2	Oppbygging og rettslig regulering.....	5
2.2.1	Avgrensning mot verdipapirfond	8
2.2.2	Forholdet til verdipapirhandelloven	10
3	ANVENDELSE AV FRITAKSMETODEN PÅ INVESTERINGER I PE FOND	11
3.1	Innledning.....	11
3.2	Bakgrunn	11
3.3	Kort om Private Equity fond som kvalifiserende subjekt under fritaksmetoden.....	13
3.4	Investeringer i PE fond regnet som aksjeselskaper etter norsk rett.....	14
3.4.1	Private Equity fond som ”tilsvarer” et norsk aksjeselskap	15
3.4.1.1	Generelt.....	15
3.4.1.2	Faktisk organisering.....	17
3.4.1.3	Eget skattesubjekt	18
3.4.1.4	Krav til skattelegging i hjemlandet.....	19
3.4.1.5	Eget rettssubjekt.....	21
3.4.2	Hjemmehørende	22
3.4.2.1	Hjemmehørende-kriteriet i sammenheng med tilsvarende- vurderingen	23

3.4.3	Lavskatteland	26
3.4.4	Krav om reell etablering og reell økonomisk aktivitet i et EØS-land.....	29
3.4.5	Eierkrav for investeringer i PE fond utenfor EØS	34
3.5	Investering i Private Equity fond regnet som deltakerlignet selskap etter norsk rett	35
3.5.1	Kort om exit-beskatning av deltakerlignede selskaper	37
3.6	Skatterettslige virkninger av fritaksmetoden	38
3.6.1	Fritak for kildeskatt på utbytte	40
3.6.2	Konklusjon	40
4	BESKATNING AV FORVALTERE AV PE FOND.....	42
4.1	Innledning	42
4.2	Betydning av grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt	43
4.3	Nærmere om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt for suksesshonorarer	45
4.3.1	Tilordning.....	45
4.3.2	Klassifisering: Arbeids- eller kapitalinntekt	47
4.3.2.1	Hjemmel	47
4.3.2.2	Vilkår for omklassifisering	50
4.3.2.3	Oppsummering	52
5	RENTEFRADRA OG KONSERNBIDRAG	54
5.1	Egenkapital eller gjeld	56
5.2	Tynn kapitalisering	58
5.3	Den avtalte lånerente	61
6	LITTERATURLISTE	63

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Temaet for denne avhandlingen er skatterettslige spørsmål knyttet til virksomhet rundt Private Equity fond (PE fond). Med PE fond menes en spesiell type investeringsselskap som erverver betydelige eierandeler i porteføljeselskapene, og bidrar aktivt i utvikling og drift av disse.¹ Temaet er omfattende, og fokuset er rettet mot tre hovedområder: Det første er den skattemessige behandlingen av norske investorers investeringer i PE fond, og da særlig på investeringer i utenlandske PE fond. Det er hovedsaklig hvorvidt investeringen faller innenfor eller utenfor fritaksmetoden som skal behandles. Det andre hovedområdet er beskatning av forvalterne av fondet, og da spesielt den skattemessige behandlingen av deres andel av fondets overskudd, suksesshonorarene. Det tredje hovedområdet er fondets mulighet til å finansiere sine oppkjøp med konserninterne lån og bruk av rentefradrag i kombinasjon med konsernbidrag.

1.2 Temaets aktualitet

Etter en sterk vekst både i antall fond og størrelse på fondene de siste årene har det blitt stadig større fokus på disse, både fra skattemyndighetene og mediene.² I 2001 forvaltet det norske Private Equity markedet 7,5 milliarder kroner, i 2011 hadde dette vokst til 61 milliarder kroner.³ Veksten har vært sterk også internasjonalt, og PE fond har stått bak en rekke milliard-oppkjøp det siste tiåret.⁴

¹ Lund og Kvalheim (2006) s. 35.

² Et søk på "Private Equity" i mediearkivdatabasen Retriever.no ga 427 treff for året 2003, og 3433 treff for året 2011.

³ Høegh-Krohn s. 2.

⁴ Et eksempel er oppkjøpet av TDC i 2006 (tidligere TeleDanmark) for rundt 100 milliarder norske kroner foretatt av fem PE fond. Oppkjøpet førte til flere endringer i den danske skattelovgivningen, blant annet ble det innført begrensninger på retten til rentefradrag.

Skattemessige problemstillinger er en av flere faktorer som bør være med i vurderingen om en investering skal gjennomføres eller ikke. Et problem for norske investorer er at utenlandske PE fond i liten grad er tilpasset norske skatteregler. Det anbefales derfor å foreta en tax due-dilligence i forkant av den aktuelle investeringen. Dette vil kunne gi svar på spørsmål som hvilken skattesats som må påregnes, når skatteleggingen vil bli foretatt, og om investeringer foretatt gjennom en bestemt selskapstype vil være skattemessig gunstigere enn andre. Konklusjonen i en slik tax due-dilligence kan vise at det investeringsalternativet som i utgangspunktet ser ut til å gi en lavere avkastning, likevel vil være en bedre investering på grunn av skattemessige forhold. Et typisk eksempel vil være to investeringsalternativer, hvor den ene faller innenfor fritaksmetoden, mens den andre faller utenfor.

1.3 Avgrensning

En rekke skatterettslige problemstillinger vil være aktuelle i forhold til PE fond. Det er dessverre ikke plass til alle i denne avhandlingen, og en del avgrensninger må gjøres.

For det første vil ikke spørsmål omkring NOKUS-beskatning behandles, jf. skatteloven (sktl.) § 10-60 flg. Problemstillingen rundt NOKUS-beskatning er et viktig hensyn å ta også for investorer i PE fond, da de fører til en fremskyndelse av beskatningen, noe som ofte vil være ugunstig for investorene. Grunnen til at temaet ikke vil bli behandlet er kravet om at det utenlandske selskapet må være norsk-kontrollert, jf. sktl. § 10-62, 1. ledd, jf. § 10-60. De fleste PE fond er i dag så store at dette kun unntaksvis vil være oppfylt. Det kan likevel forekomme henvisninger til reglene om NOKUS-beskatning der dette kan være nyttig for fremstillingen av andre regler.

Videre vil ikke skatterettslige spørsmål omkring aksjonærmodellen bli behandlet, da fokuset i oppgaven ligger på investeringer gjennom selskaper. Ligningsspørsmål i tilknytning til skattespørsmålene vil heller ikke bli behandlet. Det avgrenses også mot spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring der dette kan være aktuelt.

Heller ikke vil selskapsrettslige problemstillinger om hva som menes med lovlig utdelt utbytte og lovlige konsernbidrag bli drøftet.

Det gjøres også en avgrensning mot PE fond organisert som aksjefond eller spesialfond etter verdipapirfondloven. En slik organisering av PE fondene er foreløpig ikke særlig utbredt. Det er imidlertid hensiktsmessig å si noe mer om forskjellene mellom et ”tradisjonelt” PE fond og aksjefond etter en kort skissering av oppbygningen av et PE fond.

1.4 Metode og rettskildebruk

Skatt er et offentligrettslig fag, og legalitetsprinsippet gjelder følgelig på skatterettens område. Det betyr at formelle lover får en helt sentral plass i rettskildebruken, og særlig viktig er skatteloven.

For tolkning av loven har forarbeidene stor betydning, disse inneholder en mer detaljert fremstilling av lovgivers vilje enn det som etter norsk lovgivningsteknikk får plass i lovteksten.

Rettspraksis, og da særlig praksis fra Høyesterett, må tillegges betydelig vekt på alle rettsområder, også skatteretten. Om Private Equity fond er det foreløpig lite rettspraksis, så ofte må en holde seg til å trekke slutninger fra andre saker på andre områder.

Derimot finnes det en god del administrative uttalelser fra ulike skattemyndigheter og Finansdepartementet. Slike uttalelser er av Høyesterett tillagt relativt liten vekt i rettsanvendelsen. Et slikt eksempel finner vi i Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe) på side 1297 hvor Høyesterett uttaler seg om en uttalelse fra Finansdepartementet:

”At Finansdepartementet i brev av 17. februar 1986, inntatt i Utv. 1986 56, uten angitte holdepunkter, har uttalt at avsetningene blir å ta til inntekt «i det år skatten opphører med all næringsvirksomhet som har lønnede arbeidstakere», kan jeg etter dette ikke tillegge vekt.”

Derimot kan slike uttalelser få større rettskildemessig vekt ved at de tas til følge i ligningspraksis. Hvor stor vekt praksisen tillegges avhenger av hvilken varighet og omfang den har

hatt, samt om den har vært konsekvent, jf. førstvoterendes uttalelse i Rt. 1987 s. 729 (Bokreditt) på side 732:

” Avgjørende for meg er at det på den tid de angrepne ligningsavgjørelser ble truffet, måtte anses som en festnet rettsoppfatning, basert på langvarig, konsekvent, omfattende og velkjent ligningspraksis, at avbetalingstillegg ikke kunne bedømmes som rente etter skattelovens § 44 første ledd første punktum [nå sktl. § 6-40, 2. ledd].”

Ligningspraksis blir også tillagt større vekt når den går i skattyters favør, jf. Rt. 2001 s. 1444 (Skøyen Næringspark) på side 1455: ”Det må etter min mening anses klart at ligningspraksis får større vekt når fravikelse av denne praksis vil være til skade for skattyteren.”

Som følge av EØS-avtalen er Norge forpliktet til å overholde reglene om de fire friheter – fri flyt av varer, kapital, personer og tjenester. Skattepolitikk er ikke en del av EØS-avtalen. Likevel har både EU- og EFTA-domstolen kjent interne skatteregler hos medlemsstatene som stridene mot EU-/EØS-reglene. Det må derfor tas hensyn til disse reglene, som særlig blir aktuelle ved anvendelsen av fritaksmetoden på aksjeinntekter innenfor EØS-området.

2 Private Equity fond

2.1 Definisjon

Private Equity brukes ofte som et samlebegrep på kapital som investeres i unoterte selskaper, det vil si selskaper som ikke er notert på børs.⁵ Motstykke til Private Equity er Public Equity, som vil si kapital investert i børsnoterte selskaper. Private Equity fond er altså en type fellesinvesteringer i ikke-børsnoterte selskaper. På norsk oversettes gjerne Private Equity med aktiv eierkapital, og Private Equity fond med aktive eierfond. Dette gir et beskrivende navn på fondene, da et svært aktivt eierskap er en helt sentral del av investeringsstrategien til PE fondene. Det kan også nevnes at den danske Aktieavancebeskatningsloven § 17A har en definisjon av PE fond som ”investeringsenheder, der investerer i aktier med henblik på helt eller delvis at erhverve et eller flere selskaber m.v. med henblik på at deltage i ledelsen og driften af disse”.

Den kapitalen som investeres gjennom PE fond omtales også som ”intelligent kapital” på grunn av den forretningskompetansen som tilbys porteføljeselskapene i kombinasjon med finansielle investeringer.⁶

I denne avhandlingen vil jeg bruke begrepet Private Equity fond om investerings-selskaper som investerer i unoterte selskaper og bidrar i drift og styring av selskapene. Jeg vil også inkludere i begrepet fond som kjøper seg opp i børsnoterte selskaper med hensikt å ta disse av børs.

2.2 Oppbygging og rettslig regulering.⁷

For bedre å forstå de juridiske problemstillingene som knytter seg til PE fond kan det være hensiktsmessig og kort si noe om oppbygningen og organiseringen av fondene.

⁵ Worsøe (2006) s. 4.

⁶ Worsøe (2006) s. 4 og Lundqvist (2012) s. 221.

⁷ Karakteristikken gitt i dette avsnittet er kun et eksempel på hvordan mange PE fond er oppbygd. Det finnes imidlertid en rekke andre måter å organisere et PE fond.

PE fond kan grovt inndeles i tre grupper etter hvilket stadium selskapene de investerer i – porteføljeselskapene - befinner seg.⁸ Den første gruppen kalles gjerne såkornfond eller ”seed” fond. Disse investerer i selskaper som befinner seg i en oppstartsfase, og som har liten eller ingen omsetning. Verdien i disse selskapene ligger ofte i rettigheter til ny teknologi eller andre nyvinninger. Det vil som regel knytte seg en større eller mindre usikkerhet til om produktet vil fungere, og risikoen i fondene som investerer i disse selskapene vil være tilsvarende høy. Forvalterne i disse fondene har gjerne kompetanse innen bedriftsetablering.

Den andre gruppen er vekstfond, også kalt ”venture” fond. De investerer i bedrifter som befinner seg i en ekspansjonsfase. Risikoen her knytter seg til i hvilken grad man klarer å videreutvikle forretningskonseptet til bedriften, og forvalterne stiller med kompetanse på dette området i form av nettverksbygging, bedriftsutvikling, kommersialisering og internasjonalisering.

Den siste gruppen er oppkjøpsfond eller ”buy out” fond. Fondene investerer i modne selskaper som de mener har et uutnyttet potensial for verdiutvikling. Forvalterne i disse fondene har kompetanse innen restrukturering, fusjoner og oppkjøp og videreutvikling.

I Norge er PE fond som regel organisert som et aksjeselskap eller kommandittselskap.⁹ Internasjonalt er organisasjonsformen ofte Limited Partnerships (LP).¹⁰ Disse består av en eller flere General Partners med ubegrenset ansvar for selskapets virksomhet, og en eller flere Limited Partners med begrenset ansvar.¹¹ Det blir ofte opprettet egne selskaper i regi av grunnleggerne av fondet som fungerer som General Partners. Forvaltningen av fondet skjer gjerne gjennom egne forvaltnings- eller rådgivningsselskaper, også disse som regel opprettet av grunnleggerne av fondet. Limited Partners er investorene i fondet. Disse har rollen som passive investorer og har i liten grad befatning med forvaltningen av fondet.

⁸ Worsøe (2006) s. 4-6.

⁹ Lund og Kvalheim (2006) s. 37.

¹⁰ Snow (2007) s. 3.

¹¹ Hamilton (2010) s. 1106

PE fondenes virksomhet starter med innhenting av kapital fra investorer. Disse vil i all hovedsak være institusjonelle investorer som pensjonsfond og forsikringsselskaper eller formuende privatpersoner.¹² Minstekommitteringen, den kapitalen en investor forplikter seg til å bidra med, er som regel høy, noe som utelukker vanlige privatpersoner. Ofte har forvalterne av et fond satt et mål for hvor mye kapital fondet skal ha til rådighet. Den kommitterte kapitalen blir først kalt inn når det er bruk for den i forbindelse med en investering. Fondet har som regel en gitt investeringsperiode, typisk 3-5 år. Er ikke all kommittert kapital investert innen denne fristen, f.eks. fordi forvalterne ikke har funnet passende investeringsobjekter, vil den ikke lenger kunne kalles inn. Dette medfører at investorene får investert mindre kapital enn de hadde planlagt.

Levetiden til fondet er normalt bestemt på forhånd, normalt 8-12 år med opsjon til å forlenge levetiden et eller to år dersom situasjonen i porteføljeselskapene eller markedet tilsier at dette er hensiktsmessig. Etter dette må alle fondets investeringer være realisert eller deles ut til investorene etter deres andel i fondet. Børsnotering av porteføljeselskapene er en av måtene fondene realiserer sine investeringer på, noe som kan illustreres ved at 12 av 46 børsnoteringer på Oslo Børs i 2005 var finansiert av PE fond.¹³

Investeringsmodellen til PE fondene innebærer en svært aktiv rolle i styringen av porteføljeselskapene. Dette inkluderer styrerepresentasjon eller styreledelse, rådgivning og generell tett oppfølging av selskapets virksomhet. Ofte vil grunnleggerne av fondene inneha den kompetansen porteføljeselskapene behøver, hvis ikke kan eksterne rådgivere hyres inn. Det er helt avgjørende for at PE fondene skal kunne generere avkastning til sine investorer at forvalterne og rådgiverne klarer å aktivere den merverdien som potensielt ligger i porteføljeselskapene.

¹² Snow (2007) s. 7.

¹³ Worsøe (2006) s. 9.

2.2.1 Avgrensning mot verdipapirfond¹⁴

Verdipapirfond er i Norge regulert av verdipapirfondloven (vpfl.). Verdipapirfond er i loven definert som investeringer hovedsakelig i finansielle instrumenter foretatt på vegne av en ubestemt krets av personer, jf. vpfl. § 1-2, 1. ledd nr. 1. Betegnelsen ”fond” brukes imidlertid om flere ulike kollektive investeringsformer som ikke faller inn under verdipapirlovens reguleringer, herunder PE fond.¹⁵

Verdipapirfond har tradisjonelt vært markedsført som et spareprodukt for allmennheten. Disse er rettet mot forbrukermarkedet som et alternativ til banksparing for investorer uten spesiell innsikt eller erfaring i slike investeringer.¹⁶ Reglene i verdipapirfondloven ivaretar hensynet til denne gruppen og gir en sterk forbrukerbeskyttelse. Investorene i PE fond er i større grad profesjonelle aktører i stand til å ivareta egne interesser. Behovet for beskyttelse er derfor tilsvarende mindre, og man har foreløpig ikke sett noe stort behov for å lovregulere slik virksomhet.

PE fond er som regel organisert slik at de faller utenfor verdipapirfondlovens fondsbegrep.¹⁷ Investeringsmodellen til PE fond passer dårlig med reglene oppstilt i verdipapirfondloven. Mens verdipapirfond består av kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer, vil PE fond ofte være rettet mot en bestemt investorkrets og av den grunn falle utenfor definisjonen i vpfl. jf. § 1-2, 1. ledd nr. 1.

At PE fondene organiserer seg slik at de faller utenfor reguleringen i verdipapirfondloven har blant annet den betydning at reglene i vpfl. § 6-5 om likvide investeringer ikke kommer til anvendelse. PE fondenes investeringer i unoterte selskaper vil ofte ikke tilfredsstille verdipapirlovens krav om likvide investeringer. Også andre krav til verdipapirfondenes plasse-

¹⁴ For en mer utfyllende sammenligning av PE fond og verdipapirfond se Lund og Kvalheim (2006) s. 35-44.

¹⁵ Lund og Kvalheim (2006) s. 35.

¹⁶ Innst. O. nr. 59 (2007-2008) pkt. 4.1. Dette er forarbeider til den nå opphevede verdipapirloven av 12. juni 1981 nr. 52.

¹⁷ Lund og Kvalheim (2006) s. 38.

ring av midler, som diversifisering og risikospredning av porteføljen og begrensning i eierandel i porteføljeselskapet, kan skape problemer for tradisjonelle PE fond, se vpfl. kapittel 6.

En annen vesentlig forskjell er at andelseierne i verdipapirfond etter vpfl. §§ 4-9 og 4-12 skal kunne tegne eller innløse andeler minst to ganger i måneden. Adgangen til å innløse andeler kan riktignok begrenses etter reglene i vpfl. § 7-5 om spesialfond. På grunn av PE fondenes langsiktige investeringsstrategi og behov for et fast kapitalgrunnlag vil det som regel ikke være adgang for investorene til å innløse sin andel før utgangen av fondets levetid, samtidig som nye investorer ikke opptas i fondet.¹⁸ Investorer som ikke lenger ønsker å være med i PE fondet er imidlertid ikke helt låst, det kan være adgang til å komme seg ut ved å selge sin andel i annenhåndsmarkedet.¹⁹

Ved innføringen av begrepet spesialfond som en underkategori til verdipapirfond i 2008²⁰ foreslo Kredittilsynet (nå Finanstilsynet) at også PE fond skulle kunne organisere seg som spesialfond.²¹ Departementet sluttet seg imidlertid ikke til forslaget på grunn av forskjellene skissert ovenfor mellom verdipapirfond og tradisjonelle PE fond.²²

Norske PE fond er som nevnt gjerne organisert som aksjeselskaper eller kommandittselskaper. Den rettslige reguleringen av slike fond skjer dermed etter den alminnelige selskapslovgivningen, avhengig av hva slags selskapstype fondet er organisert som. Er fondet stiftet som et aksjeselskap reguleres det av aksjeloven. Er det stiftet som et kommandittselskap er det selskapsloven som kommer til anvendelse. Investorene eier da en del av selskapet, i motsetning til verdipapirfond hvor investorene eier en andel av den stadig variable kapitalen. Det er vanlig at forvalterne og investorene inngår detaljerte selskaps- eller aksjo-

¹⁸ Innst. O. nr. 59 (2007-2008) pkt. 4.1.

¹⁹ Lund og Kvalheim (2006) s. 42.

²⁰ Endringslov 27. juni 2008 nr. 63.

²¹ Ot. prp. nr. 36 (2007-2008) pkt. 7.2. Forarbeid til nå opphevede verdipapirloven av 12. juni 1981 nr. 52.

²² Ot. prp. nr. 36 (2007-2008) pkt. 4.1.

næravtaler som regulerer virksomheten i fondet, herunder investeringsprofil, profittfordeling og levetid.

2.2.2 Forholdet til verdipapirhandelloven

Da PE fond er organisert som egne selskaper og i all hovedsak kun forvalter egne penger, kommer ikke verdipapirhandelloven (vphl.) til anvendelse på disse fondene. En problemstilling kan imidlertid være om forvaltningsselskapene til fondene driver konsesjonspliktige investeringstjenester. I en uttalelse fra Kredittilsynet (nå Finanstilsynet) i 2007²³ uttales det at hvorvidt PE fondenes forvaltningsselskaper yter investeringstjenester må vurderes konkret. Den typiske rådgivning i forbindelse med bedriftsoppkjøp som en langsiktig investering, med råd angående videre drift og utvikling faller etter tilsynets synspunkt utenfor definisjonen av investeringsrådgivning. Løsningen blir den motsatte hvis formålet med investeringen er en ren finansiell gevinst uten særlig egeninnsats fra investorene. Rådgivning i forkant av en slik investering mener tilsynet faller inn under lovens definisjon.

Det kan bli spørsmål om forvaltningsselskapet driver konsesjonspliktig aktiv forvaltning, jf. vphl. § 2-1, 1. ledd nr. 4, hvor forvaltningsselskapet har fullmakt til å treffe investeringsbeslutninger på vegnet av fondet. For å unngå slik konsesjonsplikt er det viktig at det er fondene selv som formelt og reelt treffer den enkelte investeringsbeslutning.²⁴

Det samme gjelder etter vphl. § 2-1, 1. ledd nr. 1 om ordreformidling hvor forvaltningsselskapet får en selvstendig rolle i forhandlingene med potensielle porteføljeselskaper. Slike forhandlinger bør for å unngå konsesjonsplikt derfor organiseres slik at fondene selv faktisk og reelt styrer forhandlingene.²⁵

²³ Rundskriv Finanstilsynet 23/2007

²⁴ Lund og Kvalheim (2006) s. 39.

²⁵ I.c.

3 Anvendelse av fritaksmetoden på investeringer i PE fond

3.1 Innledning

Fritaksmetoden kan enkelt forklares som en ordning hvor utbytte og realisasjonsgevinster fra aksjer er tilnærmet skattefritt hvor aksjonæren er et aksjeselskap eller en annen selskapstype som nevnt i sktl. § 2-38, 1. ledd. Samtidig innrømmes det for disse aksjonærene normalt ikke fradragsrett for realisasjonstap.

Det forutsettes i dette kapitlet at investeringen i PE fondet foretas av et selskap hjemmehørende i Norge og som kvalifiserer som subjekt under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 1. ledd. Problemstillingen som skal drøftes er hvilke vilkår som må være oppfylt for at investeringen i PE fondet faller inn under fritaksmetoden, altså en drøftelse av fritaksmetodens objektive side. Vilkårene er forskjellige ettersom PE fondet regnes som et aksjeselskap eller deltakerlignende selskap etter norsk intern rett. Det er derfor hensiktsmessig å behandle disse hver for seg, se om aksjeselskaper i delkapittel 3.4 og om deltakerlignende selskaper i delkapittel 3.5.

3.2 Bakgrunn

Hovedregelen i norsk skatterett er at gevinst ved realisasjon av aksjer regnes som skattepliktig inntekt, jf. sktl. §§ 5-1, 2. ledd og 10-31. I tråd med symmetriprinsippet er tap på aksjer fradragsberettiget, jf. sktl. §§ 6-2, 2. ledd og 10-31. Aksjeutbytte er skattepliktig kapitalinntekt etter sktl. §§ 5-1, 1. ledd og 5-20, 1. ledd bokstav b, jf. sktl. § 10-11, 1. ledd.

Problemet med disse bestemmelsene er at det vil oppstå kjedebeskatning innenfor selskapssektoren dersom man ikke har regler som forebygger dette: Selskap A blir først skattelagt for sitt driftsoverskudd, som det så deler ut til sin eier Selskap B. Selskap B blir deretter skattelagt for mottatt utbytte, som det deler ut videre til sin eier Selskap C som også blir skattelagt for mottatt utbytte osv. Jo flere selskaper i rekken, dess mindre vil det bli igjen

av det opprinnelige driftsoverskuddet etter at utbytte er skattlagt i alle ledd. Dette vil kunne hindre kapitalflyten i konserner²⁶ og påvirke organiseringen av disse i retning av en flat konsernstruktur med få ledd, for eksempel et morselskap og mange sidestilte datterselskap. Det samme problem vil oppstå for aksjegevinster.

PE fond består ofte av en slik lang rekke av eierselskaper i en kjede over porteføljeselskapet, og uten fritaksmodellen vil overskuddet bli spist opp av skatten før det kommer frem til fondsselskapet og videre ut til dets investorer. Det er alminnelig enighet om at slik kjedebeskatning bør unngås.²⁷ En ønsker likevel en ordning hvor skatteleggingen skjer i to omganger: én gang innenfor selskapssektoren, og én gang når midlene tas ut av selskaps sfæren. En slik type dobbeltbeskatning har man fått ved innføringen av aksjonærmodellen.²⁸ For å unngå incentiver til omgåelse er det en fordel om den samlede skattebelastningen på selskapene og deres aksjonærer er tilnærmet like stor som for arbeidsinntekt. Dette er hensyntatt i dagens skattesystem hvor selskapsoverskuddet totalt skattelegges med 48,16 prosent på selskapenes og aksjonærenes hånd, mens den høyeste marginale skattesatsen på arbeidsinntekt er 48,7 prosent.

Tidligere ble hensynet til å unngå kjedebeskatning ivaretatt gjennom godtgjørelsesmodellen for aksjeutbytte og RISK-modellen for aksjegevinster.²⁹

Godtgjørelsesmodellen ble i Fokus Bank-saken³⁰ ansett å være i strid med EØS-avtalen. Saken gjaldt utdeling av utbytte fra et norsk selskap til norske, tyske og britiske aksjonærer. Godtgjørelsesmodellen innrømmet kun skattegodtgjørelse på utbytte for de norske aksjonærene. EFTA-domstolen kom til at en slik ordning hindret fri bevegelighet av kapital etter EØS-avtalen art. 40. En endring av reglene var derfor nødvendig for at Norge skulle oppfylle sine plikter etter EØS-avtalen. Et av formålene ved innføringen av fritaks-

²⁶ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1.

²⁷ Zimmer (2009) s. 294.

²⁸ For en fremstilling av aksjonærmodellen se Zimmer og BA-HR (2010) kap. 12 og Gjems-Onstad (2008) kap. 19.

²⁹ For en nærmere fremstilling av disse nå opphevede reglene se Zimmer og BA-HR (2001) kap. 11 og 12.

³⁰ Sak E-1/04, *Fokus Bank mot Norge*.

metoden³¹ var nettopp å sørge for at de norske skattereglene samsvarte med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.³² Et annet formål var å unngå kjedebeskatning.³³

Innføringen av fritaksmetoden fjernet etter Finansdepartementets syn den tvil som både godtgjørelsesmodellen og RISK-modellen representerte i forhold til EØS-avtalen.³⁴ Imidlertid er det fortsatt enkelte begrensninger i fritaksmetoden for investeringer i og investeringer av selskaper innenfor EØS. Utenfor EØS er begrensningene mer betydelige. Dette kan tolkes som at hensynet til å unngå kjedebeskatning har stått svakere enn hensynet til å overholde Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.³⁵

3.3 Kort om Private Equity fond som kvalifiserende subjekt under fritaksmetoden

Hvilke skattytere som omfattes av fritaksmetodens subjektside er behandlet i sktl. § 2-38, 1. og 5. ledd. Subjektsiden omhandler alltid eiere i form av aksjonærer eller deltakere. Subjektet må være et selskap eller en selskapslignende enhet. Det kan ikke være en personlig skattyter, disse faller inn under aksjonærmodellen.

Deltakerlignende selskaper (DLS) er ikke subjekter under fritaksmetoden ettersom disse ikke er egne skattesubjekter i norsk rett, jf. sktl. § 2-2, 2. ledd. Virksomhet gjennom DLSer skattelegges ved at det i den enkelte deltakers alminnelige inntekt settes en andel av over- eller underskuddet i det aktuelle DLSet, beregnet som om "selskapet var skattyter", jf. sktl. § 10-41, 1. ledd. Imidlertid skal inntekt og tap som faller inn under fritaksmetoden ikke inngå i inntekten som fastsettes etter denne metoden, jf. sktl. § 10-41, 2. ledd. I praksis blir dermed inntekt i deltakerlignende selskaper regnet som om selskapene hadde vært subjekt

³¹ Endringslov 10. des. 2004 nr. 77.

³² Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

³³ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt 10.1.

³⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1.

³⁵ Grydeland og Sandvik (2009) Del I s. 51.

under fritaksmetoden.³⁶ Det har ingen betydning om deltakerne i DLSet er subjekter under fritaksmetoden eller ikke.

Hvorvidt et PE fond skal regnes som et kvalifiserende subjekt beror på hvordan fondet er organisert. Er fondet registrert som et norsk aksjeselskap følger det eksplisitt av lovteksten at det skal regnes som subjekt under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 1. ledd bokstav a, jf. § 2-2, 1. ledd bokstav a. Utfordringen på subjektsiden knytter seg særlig til PE fond hjemmehørende i utlandet. Disse er i sktl. § 2-38, 1. ledd bokstav i gjort til subjekt under fritaksmetoden dersom de "tilsvarer" et selskap omfattet av § 2-38, 1. ledd. Tilsvarende-vurderingen antas å være den samme på både objekt- og subjektsiden,³⁷ det kan derfor vises til den nærmere fremstillingen av denne for objektsiden i delkapittel 3.4.1.

3.4 Investeringer i PE fond regnet som aksjeselskaper etter norsk rett

Hvorvidt en investering i et PE fond faller inn under fritaksmetoden må avgjøres etter reglene i sktl. § 2-38, 2. ledd om hvilke inntekter og tap som omfattes av ordningen. I sktl. § 2-38, 3. ledd er det gjort en del unntak fra reglene i annet ledd for porteføljeinvesteringer utenfor EØS og investeringer i lavskatteland, både innenfor og utenfor EØS. Til sammen utgjør dette reglene om fritaksmetodens objektside, og de selskaper som etter bestemmelsene omfattes benevnes kvalifiserende objekter.

Er det aktuelle PE fondet organisert som et norsk aksjeselskap vil gevinst og tap ved realisasjon av eierandel i fondet, samt lovlig utdelt utbytte fra fondet, være omfattet av fritaksmetoden etter sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a, jf. 1. ledd bokstav a. Med lovlig utbytte siktes det her først og fremst til selskapsrettslige regler. Både materielle regler som asl. § 8-1 om hva som kan deles ut som utbytte, og saksbehandlingsregler som asl. § 8-2 om hvem som kan beslutte utbytteutbetalinger må være oppfylt.³⁸ Er utbytte ulovlig utdelt blir den skatte-

³⁶ Zimmer og BA-HR (2010) s. 321.

³⁷ Zimmer og BA-HR (2010) s. 325.

³⁸ Zimmer og BA-HR (2010) s. 306-307.

rettslige virkningen at utbytte ikke faller inn under fritaksmetoden og skattelegges som kapitalinntekt etter sktl. §§ 5-1, 1. ledd og 5-20, 1. ledd bokstav b, jf. sktl. § 10-11, 1. ledd. Lovlighetskravet for utbytte gjelder også når det deles ut fra utenlandske PE fond. Hvorvidt utbytte er lovlig utdelt må i disse tilfellene vurderes ut fra reglene i det aktuelle utland.³⁹

3.4.1 Private Equity fond som "tilsvarer" et norsk aksjeselskap

3.4.1.1 Generelt

Hvor PE fondet ikke er hjemmehørende i Norge etter norsk intern rett, vil investeringer i fondet likevel kunne være omfattet av fritaksmetoden dersom fondet "tilsvarer" et norsk selskap, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a. Også hvor fondet er hjemmehørende i utlandet som følge av skatteavtaler mellom Norge og andre land vil det kunne falle inn under ordningen etter denne bestemmelsen.⁴⁰ Av de norske selskapstypene nevnt i sktl. § 2-38, 1. ledd er det særlig sammenligningen mellom det utenlandske PE fondet og et norsk aksjeselskap som er aktuelt.

Lovteksten sier ikke noe nærmere om hva som skal til for at utenlandske selskapsformer "tilsvarer" et norsk aksjeselskap. I forarbeidene er det uttalt at dette beror på en konkret vurdering.⁴¹ Det kreves ikke at det utenlandske fondet er underlagt identiske regler som norske aksjeselskaper. Et slikt krav ville i praksis utelukke selskaper hjemmehørende i utlandet fra å omfattes av fritaksmetoden, da reglene normalt aldri vil være helt identiske i ulike jurisdiksjoner.

Selskap hjemmehørende i utlandet vil kunne tilsvare et norsk selskap så lenge den utenlandske lovgivningen "ikke på sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med".⁴² I tilsvarende-

³⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴⁰ Stoveland (2011) note 139 sktl. § 2-38.

⁴¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴² I.c.

vurderingen må det ”også tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten faktisk operer og er organisert”.⁴³

Tilsvarende-vurderingen må altså avgjøres etter en konkret vurdering. I Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG) avsnitt 48 presiseres det at sammenligningen av det utenlandske selskapet med et norsk subjekt må skje på grunnlag av en klassifisering av det utenlandske selskapet basert på norsk rett.

Bakgrunnen for saken var at skattyter krevde fradrag for et tap på over 1,6 milliarder kroner i skatteåret 2005. Tapet hadde oppstått ved overdragelse av kommandittandelen i et tysk kommandittselskap. I 2005 gjaldt fritaksmetoden kun aksjegevinster, salg av andel i deltakerlignet selskap kom inn under ordningen først i 2006. For å få fradrag for tapet argumenterte derfor skattyter for at det tyske kommandittselskapet ikke tilsvarte et norsk aksjeselskap. Det var på det rene at det tyske kommandittselskapet ikke tilsvarte et norsk kommandittselskap, blant annet fordi kravet om at komplementarens eierandel og andel av over- og underskudd etter sel. § 3-1, 3. ledd ikke var oppfylt. Anførselen om dette var heller ikke opprettholdt for Høyesterett.

Norske aksjeselskap defineres ved at ingen av deltakerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, jf. asl. § 1-1, 2. ledd. Dersom noen av deltakerne i et utenlandsk PE fond har et slikt personlig ansvar vil dette nettopp være et slikt sentralt punkt hvor utenlandsk lovgivning gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for norske aksjeselskaper. Et slikt fond vil ikke tilsvare et norsk aksjeselskap.

I dommen var det ikke omtvistet at komplementaren i det tyske kommandittselskapet var fullt ut ansvarlig for selskapets forpliktelser. Det avgjørende punkt i dommen var derfor om komplementaren kunne anses å være deltaker i selskapet.

⁴³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

Høyesterett la vekt på at komplementaren hverken hadde eierandel, andel av over- eller underskudd eller andel i likvidasjonsverdien i kommandittselskapet. Komplementaren hadde heller ingen annen økonomisk interesse i selskapet enn en årlig avkastning på innbetalt aksjekapital, som var uavhengig av kommandittselskapets resultat. Førstvoterende konkluderte derfor med at ansvaret for selskapets forpliktelser ikke var et utslag av en deltakerinteresse, og at komplementaren ikke kunne anses som deltaker i selskapet. Ingen av ”deltakerne” i selskapet hadde da personlig ansvar for selskapets forpliktelser, og det tyske kommandittselskapet falt inn under definisjonen av et norsk aksjeselskap.

3.4.1.2 Faktisk organisering

Også lagmannsretten⁴⁴ hadde i den tidligere saksgangen kommet til at komplementaren ikke kunne anses som deltaker i selskapet. Lagmannsretten mente imidlertid at styringsstrukturen i kommandittselskapet var så grunnleggende ulikt fra et norsk aksjeselskap at det ikke kunne sies å være ”tilsvarende”. Det følger av forarbeidene at det kan være aktuelt å legge vekt på hvordan det utenlandske selskapet ”rent faktisk opererer og er organisert”.⁴⁵ Førstvoterende i Hydro KG uttaler imidlertid at det ikke er ”noe ved hvordan fritaksregelen er avgrenset som tilsier at styring og kontroll skal tillegges betydelig vekt ved tilsvarende-vurderingen”, jf avsnitt 69.

Ved vurderingen av hvilken vekt strukturelle ulikheter skal ha ved tilsvarende-vurderingen måtte det etter rettens syn også sees hen til de bakenforliggende realiteter. Skattyter var her eneeier av både komplementar og kommandittist, noe som var den vanlige organiseringen av tyske kommandittselskaper. Formelle ulikheter i styringsstrukturen kunne derfor ikke tillegges særlig vekt når reell kontroll på tvers av formelle strukturer var den normale løsningen.

⁴⁴ LB-2010-189217 (Utv. 2012 s.177).

⁴⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

3.4.1.3 Eget skattesubjekt

En problemstilling tilknyttet tilsvarende-vurderingen har vært om selskapet må regnes som et eget skattesubjekt. Det er her viktig å skille mellom kravet om at et selskap er eget skattesubjekt og kravet om at selskapet er underlagt alminnelig selskapsskatt, se delkapittel 3.4.1.43.4.1.3. Et selskap kan godt være eget skattesubjekt selv om det ikke er underlagt selskapsskatt, f.eks. hvor det regnes som eget skattesubjekt, men i et land hvor selskaper generelt er fritatt for beskatning.

På objektsiden kommer ikke kravet om å regnes som eget skattesubjekt på spissen, da inntekter og tap fra både selvstendige skattesubjekter og deltakerlignende selskaper er omfattet av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a og b.

På subjektsiden derimot vil fritaksmetoden kun gjelde for selskaper som regnes som egne skattesubjekter.⁴⁶ Deltakerlignende selskaper er ikke egne skattesubjekter etter norsk rett, jf. sktl. § 2-2, 2. ledd, og regnes ikke som subjekt under fritaksmetoden. På grunn av bestemmelsen i sktl. § 10-41, 2. ledd vil deltakerlignende selskaper likevel i praksis bli regnet som subjekter under fritaksmetoden.

Skal utenlandske PE fond fritas for kildeskatt på utbytte fra sine investeringer i norske porteføljeselskaper, må de derfor regnes som egne skattesubjekter etter norsk rett. Det avgjørende i denne vurderingen vil være ansvarsforholdet i selskapet, jf. sktl. § 2-2. Selskaper hvor ingen av eierne har ubegrenset ansvar regnes etter norsk rett som egne skattesubjekter. Ansvar vil her være begrenset til innskutt kapital.

Det har imidlertid vært noe usikkert om utenlandske selskaper må regnes som eget skattesubjekt også i hjemlandet. Problemstillingen er særlig aktuell for såkalte hybride selskaper. Hybride selskaper regnes som deltakerlignende selskaper i en stat, men som selvstendige skattesubjekter i en annen. I forarbeidene er det uttalt at utenlandske selskaper som ville

⁴⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.9.

blitt deltakerlignet etter norske regler ikke skal anses som egne skattesubjekter.⁴⁷ Det er altså lagt avgjørende vekt på hvordan selskapet ville blitt skattemessig behandlet i Norge. Selv om selskapet er eget skattesubjekt i hjemlandet, faller det utenfor fritaksmetoden om det ikke regnes som eget skattesubjekt etter norske regler. Motsatt skulle en da tro at selv om selskapet er deltakerlignet i hjemlandet, men ville blitt regnet som eget skattesubjekt etter norske regler, skulle det være omfattet av fritaksmetoden.

Finansdepartementet har i et brev til Skattedirektoratet inntatt i Utv. 2009 s. 1280 gitt uttrykk for en slik løsning. Dette bekreftes i Utv. 2011 s. 1494, hvor departementet uttaler at ”et utenlandsk selskap med en ansvarsform som etter norsk rett ville medført status som selvstendig skattesubjekt, kan oppfylle tilsvarende-kriteriet selv i de tilfeller hvor den annen stat behandler selskapet som en transparent enhet.” Begge uttalelsene er nevnt i Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG). Det må derfor være klart at det ikke kreves status som eget skattesubjekt i hjemstaten for å tilsvare et norsk aksjeselskap. Dette åpner for tilfeller hvor man får en dobbel ikke-beskatning, ved at selskapet i et land anses som transparent, mens det i Norge anses som et aksjeselskap, og inntektene dermed er unntatt fra beskatning på grunn av fritaksmetoden.

3.4.1.4 Krav til skattelegging i hjemlandet

En annen problemstilling i forbindelse med tilsvarende-vurderingen under fritaksmetoden er om et utenlandsk selskap må være underlagt alminnelig selskapsskatt i hjemlandet for å tilsvare et norsk selskap som omfattes av fritaksmetoden.

I et brev fra 2007 la Finansdepartementet til grunn et krav for å omfattes av fritaksmetoden at utenlandske selskaper var underlagt selskapsskatt i hjemlandet.⁴⁸ Begrunnelsen var at alle subjektene i sktl. § 2-38, 1. ledd a-h hadde alminnelig skatteplikt i Norge, med unntak av kommuner og fylkeskommuner.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴⁸ Utv. 2007 s. 1568.

Dette standpunktet kunne ikke lenger opprettholdes etter EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen Property-saken⁴⁹ fra 2009 om de finske reglene om kildeskatt. Domstolen slo der fast at manglende beskatning av selskapets inntekter i hjemstaten Luxembourg ikke kunne tjene som grunnlag for å behandle selskapet på annen måte enn et tilsvarende selskap i Finland. Dette ville være i strid med etableringsretten.

Finansdepartementet måtte dermed endre sitt standpunkt, og ga i etterkant av dommen fra EU-domstolen en uttalelse som slo fast at det ”ikke har betydning ved anvendelsen av fritaksmetoden om selskapet er undergitt selskapsskatt i hjemstaten”.⁵⁰ Synspunktet ble gjentatt av departementet i Utv. 2011 s. 1494, og førstvoterende i Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG) var enig i at dette bygde på en riktig forståelse av sktl. § 2-38, jf avsnitt 51 og 52 i dommen. Dermed må det være klart at manglende beskatning av et PE-fond i hjemlandet ikke er i veien for at det kan ”tilsvare” et norsk aksjeselskap.

Disse uttalelsene gjelder imidlertid kun selskaper hjemmehørende i en EØS-stat. Det er noe usikkert om selskaper utenfor EØS fortsatt må være underlagt alminnelig selskapsskatt, jf. Finansdepartementets brev fra 2007.

I litteraturen har det er det lagt til grunn at det fortsatt kreves at selskapene er undergitt selskapsskatt.⁵¹ Imidlertid har det ikke vært ansett som et krav at selskapet faktisk betaler skatt. Selskaper hjemmehørende i et lavskatteland eller som på grunn av interne regler ikke betaler skatt kan tilsvare et norsk selskap omfattet av fritaksmetoden.⁵²

Dersom det ikke kreves at selskapet faktisk betaler skatt, vil kravet om å være underlagt alminnelig selskapsskatt ikke avskjære muligheten for dobbel ikke-beskatning. Derimot vil et slikt krav sette en effektiv stopper for muligheten til dobbel ikke-beskatning ved bruk av hybride selskaper. Hvor et selskap hjemmehørende utenfor EØS regnes som et deltakerlig-

⁴⁹ Sak C-303/07.

⁵⁰ Utv. 2009 s. 1280.

⁵¹ Zimmer og BA-HR (2010) s. 320 og *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 546.

⁵² Zimmer og BA-HR (2010) s. 320.

net selskap vil det heller ikke være underlagt alminnelig selskapsskatt i dette landet. Selv om det da regnes som et aksjeselskap etter norske regler og således kunne falle inn under fritaksmetoden dersom ingen av unntakene i sktl. § 2-38 kom til anvendelse, vil kravet om skattelegging utelukke dette.

Hvor selskapet faktisk ikke betaler skatt i hjemstaten vil også unntaket for investeringer i lavskatteland ta bort noe av poenget med å kreve skattelegging i hjemstaten, se delkapittel 3.4.3 om lavskatteland. Uansett om selskapet er underlagt selskapsskatt eller ikke, vil det stå i fare for å anses hjemmehørende i et lavskatteland dersom det faktisk ikke betaler skatt, og unntaket i sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a vil komme til anvendelse.

I og med at man i forarbeidene har gitt anvisning på en konkret vurdering i tilsvarende-vurderingen, kan det muligens være mer hensiktsmessig å ta kravet til skattelegging inn i denne vurderingen, i stedet for å opprettholde det som et eget krav. En slik tilnærming ser ut til å være gitt i Utv. 2011 s. 1494, hvor Finansdepartementet ser det som et relevant moment i tilsvarende-vurderingen hvorvidt selskapet er underlagt skatteplikt i hjemstaten. Departementet uttaler at et ”utenlandsk selskap som på generelt grunnlag er fritatt for inntektsbeskatning i hjemstaten utenfor EØS, vil kunne anses så forskjellig fra et norsk selskap at det ikke kvalifiserer under fritaksmetoden”. Også Stoveland mener at skatteplikt i hjemstaten vil være et moment fremfor et krav i tilsvarende-vurderingen.⁵³

3.4.1.5 Eget rettssubjekt

Det har også vært diskutert om status som eget rettssubjekt i hjemlandet er et vilkår for å ”tilsvare” et norsk aksjeselskap. Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG) avsnitt 52 kan tas til inntekt for at status som rettssubjekt er tilstrekkelig for å tilsvare et norsk aksjeselskap. Et annet spørsmål er om slik status også er nødvendig.

⁵³ Stoveland (2011) note 139 sktl. § 2-38.

I Utv. 2009 s. 1280 ble det i tilsvarende-vurderingen oppstilt som et minstekrav at "selskapet er opprettet i samsvar med lovgivningen i vedkommende stat og etter denne anses for å være et eget rettssubjekt". Det absolutte kravet om at selskapet må være et eget rettssubjekt etter internretten i hjemstaten ble lempet i Utv. 2010 s. 1348 om investeringer i luxembourgske SICAV. Begrunnelsen var at "rettssubjekt" er et relativt begrep som kan variere i den interne lovgivningen. Det ble heller ikke ansett nødvendig å oppstille et krav om status som "rettssubjekt" når man allerede har et krav om at selskapsinnretningen må kunne regnes som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett. Dette vil jo legge føringer på hvordan det utenlandske selskapet kan innrettes om det skal tilsvare et norsk selskap.

3.4.2 Hjemmehørende

Fritaksmetodens anvendelsesområde vil variere ettersom hvor et selskap anses hjemmehørende. For aksjeinntekter mellom selskaper hjemmehørende i Norge gjelder det i utgangspunktet ingen begrensinger. For utenlandske PE fond går det et viktig skille mellom fond som er hjemmehørende i en EØS-stat, og fond som ikke er det. PE fond hjemmehørende utenfor EØS gis ikke fritak for kildeskatt etter sktl. § 2-38, 5. ledd. Inntekter fra PE fond hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS faller heller ikke inn under fritaksmetoden, og porteføljebegrensningene i sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav b-d gjelder kun selskaper hjemmehørende utenfor EØS. Som nevnt kan det også i tilsvarende-vurderingen være et spørsmål om det kreves at PE fond hjemmehørende utenfor EØS har alminnelig skatteplikt i hjemlandet. Det vil altså være viktig å kunne fastslå hvor et PE fond skal anses hjemmehørende.

Et selskap anses hjemmehørende i Norge dersom selskapets øverste ledelse finner sted i rike, jf. Rt. 2002 s. 1144 på side 1147. For aksjeselskaper vil dette si selskapets styre. Dommen gjelder riktignok Skatteloven av 1911 § 15, 1. ledd bokstav b, som tilsvarer sktl. § 2-2, 1. ledd bokstav a, men det ingen holdepunkter for at "hjemmehørende" i sktl. § 2-38 skal tolkes annerledes. Hvor et PE fond reelt sett ledes fra Norge, men selskapet på grunn

av en skatteavtale mellom Norge og et annet land skal anses hjemmehørende i det annet land, må antakelig skatteavtalen gå foran.⁵⁴

Dersom det først er klart at et selskap ikke er hjemmehørende i Norge, er det ikke gitt at stedet selskapets ledelse holder til skal være avgjørende for hvilket land utenfor Norge selskapet skal anses hjemmehørende. Det kan da oppstå forsøk på tilpasninger ved at selskapene legger ledelsen til andre land enn der virksomheten foregår.

Finansdepartementet har i et brev fra 2005 uttalt at det avgjørende kriterium for om et selskap skal anses skattemessig hjemmehørende i et EØS-land etter sktl. § 2-38 er at selskapet har alminnelig skatteplikt etter det aktuelle EØS-lands interne rett.⁵⁵ Begrunnelsen er at de selskapene som anses hjemmehørende i Norge også har alminnelig skatteplikt her etter sktl. § 2-2. Hvor et selskap har alminnelig skatteplikt i flere land, både innenfor og utenfor EØS, skal det etter departementets syn anses hjemmehørende innenfor EØS. Men dette gjelder ikke hvor en skatteavtale mellom de aktuelle landene medfører at selskapet likevel ikke skal anses hjemmehørende i EØS-staten.

3.4.2.1 Hjemmehørende-kriteriet i sammenheng med tilsvarende-vurderingen

Finansdepartementet har i en uttalelse inntatt i Utv. 2011 s. 1494 hevdet at et selskap som av en EØS-stat regnes som skatterettslig transparent ikke kan ha status som skatterettslig hjemmehørende i denne staten. Departementet viser til sin uttalelse i Utv. 2006 s. 485, der spørsmålet om hvor et selskap skal anses skattemessig hjemmehørende avgjøres etter hvorvidt selskapet har alminnelig skatteplikt etter det aktuelle lands rett. Dette til forskjell fra utgangspunktet i norsk rett, hvor et selskap er skatterettslig hjemmehørende i Norge dersom det ledes fra Norge, jf. Rt. 2002 s. 1144 på s. 1147.

⁵⁴ Grydland og Sandvik (2009) Del II, s. 48. Slik også Zimmer og BA-HR (2010) s. 408 om hjemmehørende-kriteriet etter NOKUS-reglene i sktl. § 10-60 hvor et selskap er hjemmehørende etter to lands interne regler.

⁵⁵ Utv. 2006 s. 485.

Videre uttales det at tilsvarende-vurderingen og hjemmehørende-kriteriet samlet sett innebærer ”at et utenlandsk selskap i utgangspunktet må ha status som selvstendig skattesubjekt både etter norsk og utenlandsk rett for at det skal anses omfattet av fritaksmetoden”. En slik tolkning vil medføre at hybride selskaper aldri kommer inn under fritaksmetoden, siden de ikke vil være eget skattesubjekt i hjemstaten.

Departementet mener riktignok at en slik avgrensning av fritaksmetoden går lenger enn hva formålene bak tilsier, og skisserer en noe komplisert metode for å unngå dette. På subjektsiden foreslår departementet derfor at man i hjemmehørende-vurderingen tar et skritt til og ser på eierne av hybridselskaper. Dersom samtlige eiere av hybridselskapet er egne skattesubjekter hjemmehørende i EØS, omfattes utbytte til det hybride selskapet av fritaksmetoden. Dersom noen av eierne er transparente selskaper ser man videre til bakenforliggende eier av disse igjen osv. På objektsiden legges det opp til en løsning hvor det er tilstrekkelig at selskapet er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat eller et normalskatteland utenfor EØS. Det oppstilles imidlertid et vilkår om at selskapet ikke har inntekter fra lavskatteland utenfor EØS.

En slik løsning stemmer dårlig med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG). Spørsmålet der omhandlet nettopp et hybridselskap, et tysk GmbH & Co. KG organisert som et tysk kommandittselskap og ikke ansett som eget skattesubjekt i Tyskland, jf. avsnitt 11, men i dommen ansett tilsvarende et norsk aksjeselskap etter norske regler. Ankemotparten, skattyteren, anførte at selskapets status som transparent selskap etter tysk rett måtte ha betydning for tilsvarende-betydningen. Dette var retten ikke enig i, jf. avsnitt 50.

Førstvoterende viste deretter til nevnte uttalelse i Utv. 2011 s. 1494, og legger til grunn at en riktig forståelse av sktl. § 2-38 innebærer at det ikke oppstilles et selvstendig vilkår at det utenlandske selskapet er ansett som eget skattesubjekt i sitt hjemland. Det vil være tilstrekkelig at det utenlandske selskapet er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat, jf. avsnitt 52. Finansdepartementets skisserte problem rundt hjemmehørende-kriteriet blir ikke nevnt, og retten legger til grunn at selskapet omfattes av fritaksmetoden.

Det kan også stilles spørsmål hvorvidt departementets tolkning av fritaksmetoden er i tråd med EØS-retten. Riktignok gjaldt Aberdeen Property-avgjørelsen⁵⁶ selskapets plikt til å betale skatt, og ikke dets status som skattesubjekt. Høyesterett uttaler om avgjørelsen at ”skattemessige forhold” i det utenlandske selskaps hjemland ikke kan gi grunnlag for å behandle selskapet annerledes.⁵⁷ Dette må etter min mening også omfatte hvorvidt selskapet i sitt hjemland har status som skattesubjekt eller ikke.

Når det gjelder objektsiden og utbytter som kommer inn til Norge er det riktignok også for norske subjekter en avgrensning mot aksjeinntekter fra lavskatteland utenfor EØS i sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a. Men hvor PE fondet har inntekter både fra lavskatteland utenfor EØS og fra normalskatteland innefor EØS vil fortsatt utbytte og realisasjonsgevinster fra PE fondet etter departementets løsning falle utenfor fritaksmetoden.

For subjektsiden og utbytte som går ut av Norge vil departementets løsning representere en diskriminering av EØS-aksjonærer som eier et hybrid selskap sammen men aksjonærer utenfor EØS. Dette er neppe i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Det er også liten reell forskjell på selskaper som regnes som egne skattesubjekter men ikke betaler skatt, og selskaper som ikke regnes som egne skattesubjekter.⁵⁸ Førstnevnte selskaper er i utgangspunktet omfattet av fritaksmetoden. Skattemyndighetenes tolkning omkring tilsvarende-kriteriet i sammenheng med hjemmehørende-kriteriet bør etter min mening derfor ikke opprettholdes. For hybride selskaper bør løsningen være at det er tilstrekkelig for å omfattes av fritaksmetoden at selskapet er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat og at selskapet regnes som eget skattesubjekt etter norske regler, uten krav om å regnes som skattesubjekt eller å være gjenstand for selskapsbeskatning i hjemlandet. Dette vil også gi en retts teknisk og ligningsadministrativ enklere regel.

Problemstillingen rundt hybridselskaper vil ventelig ha stor betydning for PE fond som ofte er organisert som kommandittselskaper i utlandet, f.eks. et tysk GmbH & Co. KG, men som

⁵⁶ Sak C-303/07.

⁵⁷ Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 52 (Hydro KG).

⁵⁸ Zimmer og BA-HR (2010) s. 319.

på grunn av forskjellige selskapsrettslige regler for kommandittselskaper i utlandet og Norge vil tilsvare norske aksjeselskaper. Dette var nettopp tilfelle i Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG).

3.4.3 Lavskatteland

Hvorvidt et PE fond er hjemmehørende i et lavskatteland vil ha betydning for fritaksmetodens anvendelsesområde. For investeringer i PE fond hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS vil fritaksmetoden overhodet ikke komme til anvendelse, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a første passus. For "inntekt" fra investeringer i PE fond hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS kreves det at fondet er "reelt etablert" og at det "driver reell økonomisk aktivitet" for å falle inn under ordningen, se delkapitel 3.4.4. Siden kravet kun gjelder på investeringer som har gitt "inntekt" betyr det at tap på investeringer i lavskatteland innenfor EØS følger regelen i sktl. § 2-38, 2. ledd uavhengig av om selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet. Tap på investeringer i lavskatteland innefor EØS er altså omfattet av fritaksmetoden, noe som medfører disse tapene ikke er fradragberettiget.

Begrepet "lavskatteland" i sktl. § 2-38 viser til det samme begrepet i sktl. § 10-63 om NOKUS-beskatning. Begrepet må derfor forstås på samme måte etter begge bestemmelsene, slik at praksis og uttalelser omkring NOKUS-reglene også er relevant for fritaksmetoden. Et land regnes som et lavskatteland etter sktl. § 10-63 dersom

"den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom det/den hadde vært hjemmehørende i Norge".

Det må altså foretas en sammenligning av skattesatsene i Norge og det land selskapet anses hjemmehørende i. Etter forarbeidene er det de effektive skattesatsene som skal sammenlig-

nes.⁵⁹ Ved avgjørelsen av om to tredjedelskravet er oppfylt er det ikke den konkrete forskjellen på et selskap i det enkelte inntektsår som er avgjørende. Forarbeidene gir anvisning på ”en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og den annen stat for denne typen selskaper”.⁶⁰ I praksis er det lagt til grunn en sammenligning av skattenivået i en periode på to til tre år.⁶¹

I den nærmere vurderingen er det lagt til grunn at det skal tas hensyn til særlige regler som gjelder for den type selskap eller bransje som vurderes, mens individuelle, ikke-bransjetilknyttede forhold ikke skal vektlegges.⁶²

Det skal også tas hensyn til særlige skatteregler som gjelder for selskaper i en oppstartsfase, jf. Utv. 2001 s. 278.⁶³ Sentralskattekontoret for storbedrifter anså her Monaco som et lavskatteland på grunn av gunstige skatteregler for nyetablerte selskaper som gjorde at selskapet de fire første årene var underlagt gunstigere beskatning enn andre selskaper. Også andre regler som gir gunstigere beskatning enn de generelle skattereglene tilsier må kunne vektlegges i vurderingen, typisk for selskaper i en spesiell region.⁶⁴

For PE fond er det særlig uttalelser om holdingselskaper og betydningen av fritaksmetoden på aksjeinntekter som er interessant. I forarbeidene til fritaksmetoden uttalte Finansdepartementet at

”[v]ed vurderingen etter skatteloven § 10-63 må fritaksmetoden anses som en fremgangsmåte for å unngå økonomisk dobbeltbeskatning. Det innebærer at den norske effektive beskatningen av fritatte aksjeinntekter som innvinnes av selskaper

⁵⁹ Ot.prp. nr. 16 (1991-92) pkt. 6.9.

⁶⁰ I.c.

⁶¹ Utv. 2010 s. 1240.

⁶² LB-2005-76733 (Utv. 2006 s. 1151).

⁶³ Utv. 2001 s. 278 pkt. 1.2.4.

⁶⁴ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 600.

ikke kan settes lik null, når beskatningen i det underliggende selskapet og eventuelle selskap lenger ned i eierkjeden tas i betraktning.”⁶⁵

I forhold til den i Norge effektive skattesatsen for aksjeinntekter omfattet av fritaksmetoden ser det altså ut til at man også tar hensyn til den beskatning som er foretatt i de underliggende selskapene. Spørsmålet blir da i hvilken grad man kan ta hensyn til beskatning av porteføljeselskapene til det utenlandske PE fondet.

Før fritaksmetoden ble vedtatt la Sentralskattekontoret for storbedrifter i en uttalelse til grunn at NOKUS-reglene ikke utelukkende kom til anvendelse hvor holdingselskapet ikke betalte skatt på utbytte.⁶⁶ Men dette gjaldt bare i den utstrekning samlet skatt på motatt utbytte og øvrig inntekt var beskattet med mer enn to tredjedeler av norsk skattenivå. I en senere uttalelse samme år ble det presisert at dette kun gjaldt aksjeutbytte, ikke aksjegevinst.⁶⁷ Finansdepartementet presiserte ytterligere at unntaket for utbyttebeskatning kun gjaldt i de tilfeller holdingselskapet var hjemmehørende i et land som normalt ble ansett for et normalskatteland.⁶⁸

At det er anledning til å vektlegge beskatningen i porteføljeselskapene kommer også indirekte til uttrykk i et brev fra Finansdepartementet fra 2010.⁶⁹ På nærmere vilkår er det her anledning til å vektlegge sammensetningen av et selskaps aksjeportefølje. Departementet uttaler at det for denne praksisen ligger en forutsetning om beskatning lenger ned i eierkjeden.

For å kunne ta hensyn til porteføljesammensetningen må det dreie seg om ”selskapsstrukturer og investeringer av mer stabil og langsiktig karakter, og hvor samtlige av selskapets aksjeinntekter er av en slik art at de ville falt inn under den norske fritaksmetoden dersom selskapet hadde vært norsk skattyter”. For en nærmere angivelse av kravet til stabil og langsiktig ser departementet til sammenligningen av skattenivået i Norge og en

⁶⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2.

⁶⁶ Utv. 2004 s. 356 pkt. 1.3.1.8.

⁶⁷ Utv. 2004 s. 356 pkt. 1.3.1.9.

⁶⁸ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 601.

⁶⁹ Utv. 2010 s. 1240.

annen stat som må foregå over en periode på to til tre år, og antar at dette bør være retningsgivende. En kan her lure på hvorfor departementet ikke bruker skattelovens ordning ved porteføljeinvesteringer, som krever en investeringsperiode på to år. Dette ville etter min mening være et mer naturlig holdepunkt.

I motsetning til praksisen fra Sentralskattekontoret for storbedrifter vedrørende utbytte til holdingselskaper vil departementets uttalelse om vektlegging av aksjeporteføljens konkrete sammensetning også være aktuelt hvor holdingselskapet er hjemmehørende i et land som normalt anses som lavskatteland.

For å gi skattytere større forutberegnelighet har Skattedirektoratet i en forskrift med hjemmel i sktl. § 10-80 utarbeidet en liste over land som skal regnes som lavskatteland, svartelisten, og en liste over land som ikke anses som lavskatteland, hvitelisten.⁷⁰

Svartelisten er bindende, og for selskaper hjemmehørende i et av disse landene skal det ubetinget legges til grunn at det er snakk om et lavskattland. Det skal derfor hverken foretas noen nærmere vurdering av to tredjedelskravet eller noen vurdering av porteføljesammensetningen. En kan dermed komme i den situasjonen at selskapet anses hjemmehørende i et lavskatteland selv om den faktiske beskatningen ikke er lavere enn i Norge. Hvitelisten er i utgangspunktet også bindende, men inneholder tre unntak som ikke vil bli nærmere behandlet her. Dersom noen av unntakene kommer til anvendelse må man på vanlig måte foreta en konkret vurdering av skattesatsen i utlandet.⁷¹

3.4.4 Krav om reell etablering og reell økonomisk aktivitet i et EØS-land

Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet i et EØS-land har betydning både på objekt- og subjektsiden i fritaksmetoden. På subjektsiden må kravet være oppfylt for at selskaper hjemmehørende innenfor EØS skal være fritatt for norsk kildeskatt, jf. sktl. § 2-38, 5. ledd. På objektsiden er kravet et vilkår for at investeringer i selskaper hjemmehøren-

⁷⁰ Fssd. §§ 10-63-1 til 10-63-3.

⁷¹ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 608.

de i lavskatteland innenfor EØS skal omfattes av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a.

Kravet har også betydning i forhold til mulig NOKUS-beskatning av selskaper hjemmehørende i en EØS, jf. sktl. § 10-64 bokstav b. Vilkåret skal forstås på samme måte både i forhold til fritaksmetoden og NOKUS-reglene.⁷² Praksis fra et område vil dermed være relevant for det andre.

Formålet med kravet er å hindre omgåelse og tilpasninger, som kan medføre tap av skattegrunnlag til utlandet.⁷³ En vanlig omgåelsesmåte er å rute aksjeinntekter fra et lavskatteland utenfor EØS via et ”postkasseselskap” i et EØS-land som har en fritaksmetode som omfatter slike inntekter, og så derfra og inn til Norge.⁷⁴ Ved å oppstille krav om reell etablering og reell økonomisk aktivitet innenfor EØS er meningen at slike ”postkasseselskaper” uten substans skal falle utenfor fritaksmetoden.

Vilkåret om at skattyter må være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i et EØS-land kom inn i loven i 2008. Tidligere var det nok at selskapet var ”hjemmehørende” i et EØS-land for å få fritak for kildeskatt. Bakgrunnen for endringen var EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken.⁷⁵ Saken gjaldt de britiske CFC-reglene⁷⁶ og hvorvidt disse var i strid med EF-retten. Retten fant at de engelske reglene i utgangspunktet var i strid med EF-traktatens art. 43 om fri etableringsrett, tilsvarende EØS-avtalens art. 31. Imidlertid kunne en restriksjon av etableringsretten godtas dersom den ”specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågældende medlemsstats lovgivning”, jf. premiss 51 i dommen. I tillegg til at selskapet må være uten substans, gir EU-domstolen her anvisning på at også et subjektivt motiv er nødvendig for å falle utenfor beskyttelsen gitt i EF-traktaten.

⁷² Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2 s. 59.

⁷³ I.c.

⁷⁴ Zimmer og BA-HR (2010) s. 322.

⁷⁵ Sak C-196/04.

⁷⁶ Controlled Foreign Company, sammenlignbart med Norges NOKUS-regler.

Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet i sktl. § 2-38 er ikke helt sammenfallende med at selskapet ikke må være et rent kunstig arrangement etablert for å unngå nasjonal lovgivning.⁷⁷ Lovens ordlyd går noe lenger enn EU domstolens uttalelse og vil også ramme tilfeller hvor unngåelse av nasjonal lovgivning, f.eks. skattebesparelser, ikke er noe formål.⁷⁸ De norske reglene må uansett tolkes i lys av EU/EØS-retten, og Finansdepartementet har i et brev 29. september 2009 uttalt at formålet med kravet til reelt etablert selskap og reell økonomisk aktivitet er å ”utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye”.⁷⁹ Det er dermed liten grunn til å anta at det er noen materiell forskjell i tolkningen av de norske reglene og EU/EØS-reglene, til tross for ulikhetene i ordlyden.

Lovteksten sier ikke noe nærmere om hva som kreves for å være reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet. Det ble heller ikke behandlet av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG) da vilkåret ikke var inntatt i loven i 2005, som var det omtvistede ligningsåret. I forarbeidene har Finansdepartementet uttalt følgende om kravet:

”...det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne trans-

⁷⁷ Folkvord (2010) s. 14.

⁷⁸ Zimmer og BA-HR (2010) s. 323

⁷⁹ Utv. 2009 s. 1280.

aksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.”⁸⁰

Som nevnt er fondene gjerne styrt gjennom egne forvaltningsselskaper. Mange av disse momentene, som egne ansatte og egne lokaler, vil derfor ofte ikke være oppfylt av et PE fond. Et spørsmål blir da om de momenter lovgiver har oppstilt i forarbeidene kan oppfylles av forvaltningsselskapet på vegne av PE fondet. I en uttalelse fra Sentralskattekontoret for storbedrifter avgitt 21. februar 2008 om luxembourgiske SICAV-fond er det med bakgrunn i lovens ordlyd og forarbeider antatt at en slik integrert vurdering ikke kan foretas, og at fondet må vurderes separat.⁸¹ En slik integrering vil kunne åpne for omgåelser av kravet, og kan etter min mening heller ikke legges til grunn for PE fond og dets forvaltningsselskap.

Et annet spørsmål er om de nevnte momenter må regnes som absolutte krav for å være reelt etablert og drive økonomisk aktivitet.

I Utv. 2009 s. 1280 uttalte Finansdepartementet angående aksjefond at de nevnte momentene i forarbeidene kunne ha varierende relevans og vekt avhengig av hvilken selskaps- og virksomhetstype som var under vurdering. Ved vurderingen av hvorvidt et aksjefond var reelt etablert og drev reell økonomisk virksomhet i et EØS-land kunne momentene i forarbeidene etter departementets syn ikke være avgjørende. Et sentralt punkt vil derimot være om fondet er organisert og driftet på en måte som anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge. Uttalelsen gjelder som nevnt bare aksjefond, og det er noe usikkert om den har overføringsverdi til andre selskapstyper, herunder PE fond.⁸² Aksjefond har etter verdipapirfondloven ikke lov til å ha egne ansatte, og dette er også fremhevet som et kjennetegn på aksjefond i uttalelsen fra Finansdepartementet. Selv om det ikke er noe krav til norske aksjeselskaper eller deltakerlignede selskaper å ha egne ansatte, er det heller ikke noe forbud mot det, noe som skiller de fra aksjefond. En kan si at dette taler imot å gi utta-

⁸⁰ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

⁸¹ Utv. 2009 s. 363.

⁸² Zimmer og BA-HR (2010) s. 322-323

lelsen betydning også for disse selskapstypene. Samtidig er det verken i lovens ordlyd eller i forarbeidene noe som tyder på at vurderingen skal foretas på en annen måte for utenlandske selskaper enn for utenlandske fond.⁸³ Sentralskattekontoret for storbedrifter har i en bindende forhåndsuttalelse 13. desember 2011 gitt uttrykk for at Finansdepartementets uttalelse må begrenses til aksjefond.⁸⁴

I tråd med Cadbury Schweppes-avgjørelsen er kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet opprettet for å utelukke etablering av kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øyet. Det må altså foreligge et subjektivt skatteomgåelsesmotiv for å komme frem til at selskapet ikke er reelt etablert eller ikke driver reell økonomisk virksomhet. Dette subjektive motivet må imidlertid påvises ved hjelp av objektive karakteristika. Et PE fond må derfor anses for å være reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet hvor en ved helhetsvurderingen kan påvise tilstrekkelige objektive omstendigheter, synbare for tredjemand, som understøtter at det er forretningsmessige grunner og ikke skattemotiverte årsaker til at fondet er etablert i den aktuelle staten.⁸⁵

I tilfeller hvor utenlandsk beskatning ikke vil være gunstigere enn norsk beskatning, er det lagt til grunn at det subjektive skattemotivet ut fra objektive omstendigheter i utgangspunktet ikke vil være til stede.⁸⁶ Et slikt tilfelle vil kunne være utenlandske PE fond som kun har inntekter fra aksjer som kvalifiserer under den norske fritaksmetoden. Ut fra kravet om et subjektivt omgåelsesmotiv vil disse da være reelt etablert selv om de hverken har egne lokaler eller egne ansatte. Motsatt har det da vært lagt til grunn at dersom utenlandsk beskatning er gunstigere enn norsk beskatning, vil det foreligge et skattemotiv.⁸⁷ Har PE fondet da ikke egne ansatte, egne lokaler eller noen av de andre momentene nevnt i forarbeidene vil det være naturlig å se det slik at det ikke er reelt etablert eller driver reell økonomisk virksomhet.

⁸³ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 547.

⁸⁴ Utv. 2012 s. 573 pkt. 1.1.8.

⁸⁵ Utv. 2009 s. 1280.

⁸⁶ Utv. 2010 s. 1240 og BFU 5/12 avgitt 29.02.2012.

⁸⁷ Utv. 2012 s. 573.

3.4.5 Eierkrav for investeringer i PE fond utenfor EØS

Det er i sktl. § 2-38, 3. ledd oppstilt en del begrensninger i hvilke investeringer som er omfattet av fritaksmetoden.

For det første vil investeringer i PE fond hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS ikke være omfattet av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a.

For investeringer i PE fond hjemmehørende i normalskatteland utenfor EØS er det oppstilt en del begrensninger for porteføljeinvesteringer, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav b-d. Hensynet bak disse begrensningene er at det for aksjonærer med porteføljeinvesteringer kan være vanskelig å dokumentere at investeringen ikke er hjemmehørende i et lavskatteland, samt at det vil medføre merarbeid for ligningsmyndighetene.⁸⁸

For realisasjonsgevinster er det oppstilt en begrensning i tredje ledd bokstav b. For at slike gevinster skal omfattes av fritaksmetoden krever bestemmelsen at skattyter ”de to siste årene frem til innvinningstidspunktet har eid minst 10 prosent av kapitalen og hatt minst 10 prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen i selskapet mv.”

Har skattyter først ervervet en eierandel på minst 10 prosent, vil senere ervervede aksjer også falle inn under fritaksmetoden selv om disse på realisasjonstidspunktet ikke har vært eid av skattyter i to år, forutsatt at eierandelen på 10 prosent er opprettholdt de siste to år før realisasjonstidspunktet av sist ervervede aksjer.⁸⁹ Formålet bak bestemmelsen, å unnta porteføljeinvesteringer fra fritaksmetoden, vil ikke slå til i disse tilfellene.

For realisasjonstap etter tredje ledd bokstav c er reglene om eier- og stemmeandel gjort noe strengere for å unngå omgåelser. Fradragsrett innrømmes bare hvor skattyter og nærstående til skattyter ikke på ”noe tidspunkt de to siste årene frem til oppførelsestidspunktet har eid 10 prosent eller mer av kapitalen” *eller* ”hatt 10 prosent eller mer av stemmene som kan

⁸⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

⁸⁹ Uttv. 2007 s. 922.

avgis på generalforsamlingen i selskapet mv”. Eierandel og stemmeandel er her altså gjort til alternative vilkår, og ikke kumulative som i bokstav b. Aksjer eid av skattyterens ”nærstående” skal også regnes med, dette for å unngå tilpasninger som spredning av aksjene på familiemedlemmer.⁹⁰ Begrepet ”nærstående” er nærmere definert i fjerde ledd, men vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen.

Utbytte fra porteføljeinvesteringer er regulert i tredje ledd bokstav d, og kravet til eier- og stemmeandel er her det samme som for realisasjonsgevinster. Men det er tilstrekkelig at skattyter i ”en periode på to år som *omfatter* innvinningstidspunktet ...” oppfyller eierkravet (min kursivering). Skattyter kan altså fortsette å oppfylle kravet til eiertid etter at utbytte er utdelt. Dersom utbytte utdeles skattefritt, men eierandelen senere reduseres til under 10 prosent før eiertiden på to år er oppfylt, må det foretas en ligningsendring med utligning av skatt på utbyttet.⁹¹

3.5 Investering i Private Equity fond regnet som deltakerlignet selskap etter norsk rett

Ved investeringer i PE fond organisert som et deltakerlignet selskap etter norsk rett skal det i deltakernes alminnelige inntekt inntas en andel av over- eller underskudd i det aktuelle deltakerlignende selskap, beregnet som om ”selskapet var skattyter”, jf. sktl. § 10-41, 1. ledd. Det er ikke gjort noe unntak for utenlandske DLSer, noe som betyr at en slik nettoligning også skal foretas for norske skattytere som investerer i utenlandske PE fond organisert som et DLS, typisk et kommandittselskap. Det er norske skatteregler som skal anvendes ved nettoligningen av utenlandske DLSer.⁹²

I denne nettoligningen skal ikke inntekter og tap som går inn under fritaksmetoden etter sktl. § 2-38, 2. ledd tas med, jf. sktl. § 10-41, 2. ledd. Også sktl. § 2-38, tredje, fjerde og sjette ledd er gitt tilsvarende anvendelse. Denne måten å fastsette inntekten på vil gjelde

⁹⁰ Zimmer og BA-HR (2010) s. 331.

⁹¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

⁹² Ot.prp. nr. 17 (1992-93) pkt. 6.2.1.

for alle deltakere i selskapet, uavhengig av om deltakerne er omfattet av fritaksmetoden som subjekt eller ikke.⁹³

Hvorvidt investeringen i DLSet regnes som et kvalifiserende objekt er således uavhengig av hvor DLSet er registrert. Det kan være både innenfor og utenfor EØS, og i et lavskatteland eller ikke. Avgjørende er om investeringene gjort av DLSet faller inn under fritaksmetoden etter de reglene som gjelder for egne skattesubjekter.

Reglene om DLSer kan i kombinasjon med NOKUS-reglene brukes til å omgå begrensninger i anvendelsesområdet for fritaksmetoden ved investeringer i PE fond hjemmehørende i lavskatteland som investerer i ikke-lavskatteland. En av virkningene til NOKUS-reglene er at de gjør et ikke-transparent selskap om til et transparent selskap for skattemessige formål. Dette kan i selskapsstrukturer brukes for å få utbytte og aksjegevinster som skal inn til Norge omfattet av fritaksmetoden. Om et norsk PE fond investerer i et høyskatteland gjennom et selskap hjemmehørende i et lavskatteland, vil aksjeinntekter fra selskapet i lavskattelandet ikke være omfattet av fritaksmetoden. Men dersom selskapet hjemmehørende i lavskattelandet blir ansett som et NOKUS-selskap, vil aksjeinntektene likevel omfattes av fritaksmetoden. Medaljen har imidlertid en bakside ved at det ikke gis fradrag for eventuelle tap på investeringen. Men dette er jo den normale løsningen for investeringer omfattet av fritaksmetoden.

Et spørsmål som har vært oppe er om vilkåret i sktl. § 2-38, 3. ledd om 10 prosent av stemmene og kapitalen i minst to år skal fastsettes på selskapets eller deltakerens hånd. Ordlyden i sktl. § 2-38, 3. ledd sier at det er ”skattyter” som må oppfylle vilkårene. Da det er deltakerne som i realiteten er skattyter, trekker dette i retning av at vilkåret må være oppfylt hos den enkelte deltaker.

Sett i sammenheng med regelen i sktl. § 10-41, 1. ledd om en nettoligning av selskapets inntekter og tap som om selskapet selv var ”skattyter”, kan loven likevel forstås

⁹³ Høyland (2007) s. 29.

slik at vilkåret kan oppfylles på selskapets hånd. I et brev 8. desember 2006 om sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav b uttaler Finansdepartementet at ”(n)ettoligningsprinsippet tilsier at kravet til eier- og stemmeandel vurderes ut i fra selskapets posisjon. Også hensynet til konsekvens og likebehandling i forhold til selskaper som er egne skattesubjekter tilsier at vurderingen skjer på selskapets hånd”.⁹⁴

Selv om uttalelsen bare gjelder sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav b om gevinst på eierandel, må etter min mening samme prinsipp kunne legges til grunn også for utbytte og tap.⁹⁵

Ved salg av andel i deltakerlignende selskap er utgangspunktet at dette er skattefritt, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav b. Dette betinger selvfølgelig at selger er et kvalifiserende subjekt. Det spiller heller ikke her noen rolle i hvilket land det deltakerlignende selskapet er registrert.

For å unngå tilpasninger har man gitt begrensningene i sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a-d tilsvarende anvendelse ved realisasjon av andel i DLSer. Ved gevinst på realisasjon av andelen vil dette være skattepliktig dersom DLS på noe tidspunkt de to siste år før realisasjonen har hatt mer enn 10 prosent av sin totale beholdning av aksjer, plassert i aksjer som faller inn under tredje ledd bokstav a-d, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav e. For tap er kravet at mer enn 10 prosent av selskapets totale beholdning av aksjer sammenhengende de to siste år må ha vært plassert i aksjer nevnt i tredje ledd bokstav a-d for at tapet skal være fradragsberettiget, jf. sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav f.

3.5.1 Kort om exit-beskatning av deltakerlignende selskaper

Den 22. juni 2012 tilføyde lovgiver i sktl. § 9-14, 2. ledd tredje avsnitt en bestemmelse om exit beskatning av eiendel i deltakerlignende selskap hvor eiendelen mister sin tilknytning til norsk beskatningsområde. I forarbeidene er det tatt inn som eksempel på at andelen mister tilknytning til norsk skattejurisdiksjon at norsk skattyter selger sin andel i DLSet til en

⁹⁴ Utv. 2007 s. 158.

⁹⁵ Slik også Zimmer og BA-HR (2010) s. 473 og Høyland (2007) s. 29.

skattyter som ikke er skattemessig hjemmehørende i Norge.⁹⁶ En slik situasjon kan oppstå ved annenhånds salg av andel i PE fond organisert som et DLS. Hvor en norsk deltaker selger sin andel i fondet til et selskap hjemmehørende i utlandet, vil ikke lenger denne andelen ha tilknytning til norsk skattejurisdiksjon. Bakgrunnen for bestemmelsen er å hindre muligheten for at latente gevinster i objekter i DLSet aldri kommer til skattelegging i Norge.⁹⁷

Dersom skattyter selger til et norsk skattesubjekt vil det ikke bli noen exit-beskatning. Hvorvidt gevinst er skattefritt eller tap fradragsberettiget beror da på reglene i sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav e og f, se ovenfor. Dersom skattyter derimot selger til et subjekt som ikke er hjemmehørende i Norge, vil det oppstå exit-beskatning. Etter sktl. § 9-14 må en da se på de underliggende objektene i DLSet, og hvorvidt de er omfattet av fritaksmetoden eller ikke. Det vil her oppstå visse tilpasningsmuligheter for skattyter. Dersom det har oppstått tap på underliggende objekter som ikke omfattes av fritaksmetoden, vil det for skattyter kunne være gunstig å selge andelen til et subjekt ikke hjemmehørende i Norge. Tap vil da kunne fradragføres.

3.6 Skatterettslige virkninger av fritaksmetoden

For realisasjonsgevinster og utbytte som omfattes av fritaksmetoden, vil virkningen for skattyter bli at han får en fordel i form av sparte skatteutgifter. Har investeringen derimot gitt et tap og den faller inn under fritaksmetoden, vil dette føre til at skattyter mister retten til å føre tapet som fradrag i andre inntekter han måtte ha.

Tidligere ble 3 prosent av inntektene som var fritatt for skatt etter fritaksmetoden likevel regnet som skattepliktig inntekt. Denne regelen ble endret med virkning fra og med inntektsåret 2012. Det er nå kun tre prosent av utbytte omfattet av fritaksmetoden som skal regnes som skattepliktig inntekt, jf. sktl. § 2-38, 6. ledd. Dette gir en effektiv skattesats på

⁹⁶ Prop. 112 L (2011-2012).

⁹⁷ I.c.

utbytte på 0,84 prosent, mens realisasjonsgevinster nå er helt skattefrie. Bakgrunnen for sjablongregelen om å skattelegge 3 prosent av utbytte er ønsket om å veie opp for bestemmelsen i sktl. § 6-24 som gir fradrag for kostnader som er pådratt for å erverve inntekt som er omfattet av fritaksmetoden.⁹⁸

Det skal ikke inntektsføres 3 prosent av utbytte ved konserninterne utbytter, jf. sktl. § 2-38, 6. ledd bokstav c. Dette er aktuelt for PE fond, som ofte oppfyller skattelovens vilkår for å regnes som konsern, jf. sktl. § 10-4. Unntaket gjelder imidlertid kun for selskaper hjemmehørende innenfor EØS, og selskapet må være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet, jf. henvisningen til sktl. § 10-64 bokstav b.

Tidligere var det ikke hjemmel for å skattelegge utdelinger fra DLSer til selskapsdeltakere, kun til personlige deltakere. Dette ble endret samtidig med endringen av tre prosent-regelen til kun å gjelde utbytte. Etter sktl. § 2-38, 6. ledd bokstav a annet punktum skal nå også 3 prosent av utdelingene fra DLS regnes som skattepliktig inntekt. Henvisningen til sktl. § 10-42 tredje ledd bokstav a medfører at det skal gjøres fradrag for andel av overskuddet skattyter allerede er lignet for.

Fra en norsk investors synspunkt kan det som tidligere nevnt også ha betydning om PE fondet det investeres i omfattes som subjekt under fritaksmetoden hvor fondet investerer i norske porteføljeselskaper. For utenlandske PE fond er hovedregelen at disse ikke er skattepliktige til Norge for aksjegevinster på porteføljeselskapene.⁹⁹ Men fritaksmetoden vil ha betydning hvor fondet eier aksjer knyttet til filial eller fast driftssted i Norge, jf. sktl. § 2-3, 1. ledd bokstav a. Hvor fritaksmetoden i slike tilfeller kommer til anvendelse skal også her 3 prosent av utbytte regnes som skattepliktig inntekt.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) pkt. 6.3.

⁹⁹ Stoveland (2011) note 139 sktl. § 2-38.

3.6.1 Fritak for kildeskatt på utbytte

For utenlandske PE fond som investerer i norske porteføljeselskaper vil utbytte fra det norske selskapet være gjenstand for kildeskatt, jf. sktl. § 10-13. Den ordinære satsen på kildeskatt er 25 prosent¹⁰⁰, men vil ofte være lavere som følge av skatteavtaler.¹⁰¹

Fritaksmetoden gir imidlertid et unntak fra plikten til å betale kildeskatt i sktl. § 2-38, 5. ledd. Unntaket er begrenset til selskaper som er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet” i et EØS-land. Formålet med kravet er å hindre tilpasninger og skatteomgåelser.¹⁰² PE fond utenfor EØS gis overhodet ikke fritak for kildeskatt på utbytte etter fritaksmetoden, slikt fritak må eventuelt hjemles i skatteavtale med det utenlandske PE fondets hjemstat.

Selv om det er den utenlandske aksjonæren som er skattesubjekt etter sktl. § 10-13, holdes det norske utdelende selskap ansvarlig for at den skatten som faller på aksjonæren blir betalt. Selskapet må derfor ha dokumentasjon på at aksjonærene er reelt etablert og driver økonomisk virksomhet innenfor EØS dersom det ikke vil trekke kildeskatt ved utbetaling av utbytte.¹⁰³ Dette kan være en komplisert og kostnadskrevende oppgave, særlig hvor selskapet har mange utenlandske aksjonærer hjemmehørende i et EØS-land. Dersom tilstrekkelig dokumentasjon ikke er tilgjengelig på utdelingstidspunktet eller det av andre grunner er trukket for mye kildeskatt kan dette kreves refundert fra skattemyndighetene av den utenlandske aksjonæren.

3.6.2 Konklusjon

For personlige skattytere som har mulighet til å velge om investeringen i PE fondet skal foretas direkte av skattyter selv eller gjennom et aksjeselskap er det mye skatt å spare ved å orientere seg om reglene rundt fritaksmetoden. Dersom investeringen vil falle utenfor fritaksmetoden vil det skattemessig være lønnsomt å foreta investeringen direkte. Skattyter

¹⁰⁰ Ssv. 2012 § 3-5 tredje ledd.

¹⁰¹ Se f.eks. Nordiske skatteavtale art. 10 hvor skattesatsen er maksimalt 15 prosent.

¹⁰² Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

¹⁰³ Zimmer og BA-HR (2010) s. 323

slipper da unna med 28 prosent skatt minus skjermingsfradrag på en eventuell gevinst. Ved investering gjennom aksjeselskap vil det først bli 28 prosent skatt i aksjeselskapet, og så nye 28 prosent på de 72 prosent som er igjen minus skjermingsfradrag, totalt 48,16 prosent.

4 Beskatning av forvaltere av PE fond

4.1 Innledning

Forvalterne er en viktig brikke i Private Equity bransjen, og en av nøklene til å skape merverdier i porteføljeselskapene. Det er derfor naturlig at forvalterne gis mulighet til å få en andel av avkastningen til fondene.

Det er vanlig med en todeling av den totale godtgjørelsen forvalterne får, i henholdsvis en fast og en variabel komponent. Den faste komponenten kalles et forvaltningshonorar eller "management fee" og er gjerne beregnet som en prosentandel av fondets totale kapital. Denne godtgjørelsen vil være uavhengig av om fondet gir positiv avkastning eller ikke. Forvaltningshonorarer vil ikke bli nærmere behandlet her.

Den variable komponenten kalles suksesshonorar eller "carried interest", ofte forkortet "carry". Dette utgjør en andel av fondets overskudd etter en bestemt fordelingsnøkkel mellom investorene og forvalterne. En vanlig fordeling er at investorene først skal ha tilbake sine investeringer pluss en årlig avkastningsrente på 8 prosent, deretter fordeles det overskytende overskuddet med 20 prosent på forvalterne og 80 prosent på investorene.

Hvor PE fondet gir høy avkastning innebærer suksesshonorarene at forvalterne får tildelt en større del av overskuddet en deres eierandel i fondet skulle tilsi. Suksesshonorarene blir gjerne utdelt til et aksjeselskap eid direkte av forvalterne personlig eller indirekte gjennom andre aksjeselskaper. For norske PE fond organisert som aksjeselskaper må slik fordeling av overskudd gjøres gjennom reglene om ulike aksjeklasser i asl. § 4-1. For norske kommandittselskaper følger det av sel. § 3-15 at utdelinger fra selskapet kan skje etter avtale deltakerne i mellom, men med en viss begrensning for komplementarens andel av overskudd og underskudd i sel. § 3-1, 3. ledd.

Hittil har suksesshonorarene blitt ansett som kapitalinntekt tilordnet et selskap eid av forvalterne. Skattemyndighetene varslet imidlertid våren 2012 tre norske forvaltere av PE

fondet Herkules Capital om at suksesshonorarene ville bli ansett som arbeidsinntekt¹⁰⁴. Dette innebærer både en tilordning til et annet skattesubjekt og en omklassifisering av inntekten. Begge deler skal drøftes nedenfor.

4.2 Betydning av grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt

Grensen mellom arbeids- og kapitalinntekt har betydning i flere i relasjoner. Hva som skal regnes som arbeidsinntekt er det gitt nærmere bestemmelser om i sktl. § 5-10 flg. For kapitalinntekter er det gitt nærmere regler i sktl. § 5-1, 2. ledd jf. kap. 9 og sktl. §§ 5-20 til 5-22.

Både arbeids- og kapitalinntekt regnes som skattepliktig inntekt, jf. sktl. § 5-1. Skattesatsen er i utgangspunktet 28 prosent for begge inntektstypene.¹⁰⁵ Men etter sktl. § 12-2 bokstav a er arbeidsinntekt en del av personinntekten. Det vil si at det skal beregnes toppskatt¹⁰⁶ og trygdeavgift¹⁰⁷ av suksesshonorarene dersom de klassifiseres som arbeidsinntekter, jf. sktl. § 12-1. Samtidig skal det gis minstefradrag i arbeidsinntekt etter sktl. § 6-30 flg.¹⁰⁸ Personfradrag kommer også til fradrag i inntekten.¹⁰⁹

Ved klassifisering av suksesshonorarene som arbeidsinntekt vil PE fondet også være forpliktet til å betale arbeidsgiveravgift på dette, jf. folketrygdloven § 23-2. Det må også foreta lønnstrekk etter skattebetalingsloven § 5-6, 1. ledd bokstav a og det har plikt til å levere inn lønnsoppgave etter ligningsloven § 6-2. På den annen side vil fondet få fradrag for lønnsutgiftene, jf. sktl. § 6-1.

¹⁰⁴ Dagens Næringsliv 19. mai 2012.

¹⁰⁵ Stortingets skattevedtak for 2012 §§ 3-2, 3-8 og 3-3.

¹⁰⁶ Ssv. § 3-1, satsene for 2012 er 9 % for inntekt over 490 000 kroner og 12 % for inntekt over 796 400 kroner.

¹⁰⁷ Folketrygdloven § 23-3. Satsen er 7,8 % på arbeidsinntekt for 2012, jf. Stortingsvedtak om avgifter til folketrygden § 7.

¹⁰⁸ 38 %, med en øvre grense på 78150 kr for inntektsåret 2012.

¹⁰⁹ 45350 kr i skattekasse 1 for inntektsåret 2012.

En annen viktig forskjell mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt gjelder tidfesting av inntekten, altså hvilket tidspunkt en inntekstpost skal skattelegges.¹¹⁰ Kapitalinntekter tidfestes etter realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2, mens arbeidsinntekter tidfestes etter kontantprinsippet i sktl. § 14-3. Ved klassifisering som utbytte skal inntekten tidfestes når generalforsamlingen har fattet vedtak om utbytte.¹¹¹ Ved klassifisering som arbeidsinntekt skal inntekten tidfestes når ”beløpet utbetales” eller ”det tidligere tidspunkt da der oppstår adgang til å få beløpet utbetalt”, jf. sktl. § 14-3, 1. ledd. Det siste referer til forfallstidspunktet.¹¹²

Den høyeste marginale skattesatsen for arbeidsinntekt er 47,8 prosent. For selskapsinntekt er satsen 28 prosent, og ytterlige 28 prosent minus eventuelt skjermingsfradrag¹¹³ når det deles ut til personlige aksjonærer. Dette gir en skattesats på 48,16 prosent minus eventuelt skjermingsfradrag. Ved å få suksesshonoraret tilordnet forvaltningsselskapet oppnås først og fremst en utsatt skattfordel, ved at forvalterne som aksjonærer i forvaltningsselskapet selv bestemmer om og når utbytte skal deles ut, samt hvor mye som eventuelt skal deles ut.

Sett i sammenheng med reglene om fritaksmetoden i sktl. § 2-38 gir imidlertid klassifisering som kapitalinntekt også mulighet for betydelige skattebesparelser. Dersom fritaksmetoden kommer til anvendelse på suksesshonoraret vil det bli 0 prosent skatt på forvaltningsselskapets hånd (0,84 prosent i enkelte tilfeller, se sktl. § 2-38, 6. ledd). Det vil først bli skattelagt 28 prosent som kapitalinntekt på forvalternes hånd når det tas ut som utbytte. Et sterkt incentiv til å få honoraret klassifisert som kapitalinntekt og tilordnet forvaltningsselskapet.

¹¹⁰ Zimmer (2009) s. 307.

¹¹¹ Ibid. s. 315.

¹¹² Ibid. s. 320.

¹¹³ Skatteloven §§ 10-12 og 10-31.

4.3 Nærmere om grensen mellom arbeidsinntekt og kapitalinntekt for suksesshonorarer

Det kan først være grunn til å presisere at den andel av et eventuelt overskudd som tilsvarende forvalternes andel i PE fondet ikke er gjenstand for diskusjon her. Dette vil klart nok være kapitalinntekt, på lik linje med de passive investorenes inntekter fra fondet. Spørsmålet oppstår for den delen av overskuddet som overstiger forvalternes forholdsmessige andel. Spørsmålet er om denne inntekten er godtgjørelse for forvalternes arbeid, og dermed arbeidsinntekt, jf. sktl. § 5-10. Det oppstår her to underspørsmål; hvilket skattesubjekt som skal tilordnes honoraret, forvalterne personlig eller forvalternes aksjeselskap(er), og om honoraret skal klassifiseres som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt.

De to spørsmålene vil i forhold til suksesshonorarer henge tett sammen. Dersom honorarene klassifiseres som arbeidsinntekt må de nødvendigvis tilordnes forvalterne personlig da bare fysiske personer kan ha arbeidsinntekt.¹¹⁴ Dersom honorarene klassifiseres som kapitalinntekt må de tilordnes forvalternes aksjeselskap(er) da forvalterne personlig ikke har noen eierandel i fondet, deres eierandel er eid indirekte gjennom et aksjeselskap. Det blir samme nødvendige sammenheng om man først ser på tilordningen. Om honorarene tilordnes forvalternes aksjeselskap må det klassifiseres som kapitalinntekt, et selskap kan ikke ha arbeidsinntekt. Og tilordnes honorarene forvalterne personlig må det være snakk om arbeidsinntekt, de har kun en indirekte eierandel i selskapet. Men spørsmålet om klassifisering og tilordning er prinsipielt forskjellig og må holdes adskilt fra hverandre.

4.3.1 Tilordning

Med tilordning menes reglene om ”hvilket skattesubjekt som skal skattelegges for den enkelte inntektspost og hvilket subjekt som kan kreve fradrag for den enkelte utgiftspost”.¹¹⁵

¹¹⁴ Zimmer (2009) s. 131.

¹¹⁵ Zimmer (2009) s. 88.

Reglene om tilordning antas å ligge implisitt i de enkelte skattebestemmelsene.¹¹⁶ Avgjørende for tilordningen vil være hvilket subjekt som etter det underliggende forholdet er den berettigede.

PE fond har ofte en noe komplisert struktur hva gjelder forvaltningen av fondet og utdeling av suksesshonorarer. Det er ikke uvanlig at et selskap opptrer som forvaltningsselskap, et annet selskap er opprettet for å inneha rollen som General Partner, mens et tredje selskap blir opprettet for å ta imot suksesshonorarene. Ofte er forvalterne aksjonærer i alle selskapene. I avtalene som regulerer virksomheten til PE fondene vil det være en detaljert regulering av hvordan overskuddet skal fordeles. Det vil fremgå klart i hvilken grad og omfang suksesshonorarene skal betales, samt hvilket selskap som er berettiget til disse.

At det ut fra en avtale er klart hvem som er den berettigede trenger imidlertid ikke i enhver sammenheng å være avgjørende for tilordningen. I Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit) var en av selgerne et aksjeselskap eid 100 prosent av en av de ansatte i selskapet som ble solgt. Etter avtalen var aksjeselskapet berettiget til kjøpesummen, men Høyesterett godtok at denne ble tilordnet den ansatte som personinntekt: "Arbeidsplikten og karensklausulen var en klar personlig forpliktelse for ham selv som hans selskap ikke kunne forplikte ham til overfor kjøperen. I en slik situasjon må inntekten tilordnes ham ...", jf. avsnitt 75.

I avtalen som regulerer PE fondene vil det i motsetning til i Gaard/Tveit sjelden være sagt noe konkret om hvilke personer som skal stå for forvaltningen av fondet. En kan da ikke følge argumentasjonen til Høyesterett om at et selskap ikke kan forplikte noen til en personlig forpliktelse. Det er da ikke like opplagt at forvalterne skal tilordnes suksesshonorarene.

Hvor suksesshonorarene betales til selskapet som opptrer som General Partner, og ikke et eget carry-selskap, vil det i større grad være en tilknytning mellom suksesshonorarene og

¹¹⁶ Zimmer (2009) s. 111.

selskapet som mottar inntekten. En kan da argumentere for at meravkastningen i form av suksesshonorarer kommer som en funksjon av den høyere risikoen General Partner tar både i form av sin rolle som komplementar dersom PE fondet er organisert som et kommandittselskap, og ved at General Partner ikke får noen avkastning før de andre investorene har oppnådd en minsteavkastning.

4.3.2 Klassifisering: Arbeids- eller kapitalinntekt

Med klassifisering menes reglene om hvilken inntektstype inntektsposten hører under. Ved en omklassifisering av inntektstypen må avtalepartenes definisjon vike for en riktig skatterettslig bedømmelse.¹¹⁷

4.3.2.1 Hjemmel

Utgangspunktet er at det partene har avtalt seg i mellom, også styrer de skatterettslige virkningene avtalen skal få.¹¹⁸ Altså blir også her det underliggende formuerettslige forhold utgangspunktet for den skatterettslige klassifiseringen. Som nevnt ovenfor er det i PE fond avtalene en detaljert regulering av overskuddsfordelingen, herunder utbetaling av suksesshonorarer. Spørsmålet blir da hvilken hjemmel skattemyndighetene har for å omklassifisere suksesshonorarer fra kapitalinntekt tilordnet forvaltningsselskapet til arbeidsinntekt tilordnet forvalterne personlig.

I deltakerlignende selskaper, f.eks. PE fond organisert som kommandittselskaper, har man bestemmelsen i sktl. § 12-2 bokstav f som hjemler omklassifisering av overskuddsandel for deltakerne.¹¹⁹ Denne hjemmelen ble brukt i de to Høyesterettsdommene om indre selskaper, Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda) og Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group), for å omklassifisere utbetalinger fra indre selskaper til arbeidsinntekt. Også i forarbeidene er det

¹¹⁷ Rt. 2008 s. 1307 avs. 23 (Alvdal Bygg).

¹¹⁸ Rt. 2009 s. 813 avs. 54 (Gaard/Tveit).

¹¹⁹ Hauge (2012) note 1081 sktl. § 12-2.

lagt til grunn at bestemmelsen kan brukes til å omklassifisere inntekt i tilfeller hvor det i realiteten foreligger en arbeidsgodtgjørelse.¹²⁰

I PE fond organisert som aksjeselskaper, som er egne skattesubjekter, jf. sktl. § 2-2, 1. ledd bokstav a, kan ikke sktl. § 12-2 brukes. En mulighet er da å bruke ligningsloven (lignl.) § 8-1, 1. ledd, om at ”ligningsmyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter etter en prøving av de opplysninger han har gitt, og de øvrige opplysninger som foreligger”. En annen mulighet er sktl. § 13-1, 1. ledd, den såkalte tvangslønn- eller internprisingparagrafen. En tredje mulighet er den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Den vil imidlertid være aktuell i et fåtall typer av saker¹²¹, og vil ikke bli kommentert ytterligere.

I teorien har det vært en viss uenighet om lignl. § 8-1, 1. ledd kan brukes som hjemmel for omklassifisering av inntekt. Zimmer mener denne bestemmelsen ikke kan brukes, og at den er en ”bestemmelse om ligningsmyndighetenes *bevisbedømmelse* og intet mer”.¹²² Gjems-Onstad synes å stille seg mer åpen til om lignl. § 8-1 kan brukes i omklassifiseringssakene.¹²³

Rettspraksis har heller ikke vært helt konsekvent på hvilken hjemmel som ligger i lignl. § 8-1. Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) gjaldt spørsmålet om et salgsvederlag oppgitt som forretningsverdi skulle bedømmes som forskuddsbetaling av lønn, såkalt ”earn-out”. Høyesterett omklassifiserte deler av inntekten fra salget til arbeidsvederlag, og førstvoterende uttalte i avsnitt 24 at ”(h)jemmelen for omklassifisering i dette tilfellet er ligningslovens § 8-1”. Rt. 2009 s. 813 (Gard/Tveit) gjaldt også spørsmålet om et salgsvederlag skulle anses som arbeidsinntekt. Retten siterer her lignl. § 8-1, og kommenterer bare at ordlyden ”innebærer at man, i samsvar med hovedregelen i sivile saker, skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn [...]”, jf. avsnitt 53. Her blir lignl. § 8-1 altså kun brukt som en bevis-

¹²⁰ Ot.prp. nr. 22 (1993-94) s. 5.

¹²¹ Utv. 2009 s. 1284.

¹²² Zimmer (2007) s. 365. Skatterett nr. 4.

¹²³ Gjems-Onstad (2008) s. 1127.

vurderingsregel.¹²⁴ Men i Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group) om utbetalinger fra indre selskap blir det i avsnitt 35 uttalt at ”uansett om man ser ligningsloven § 8-1 og skatteloven § 12-2 bokstav f som selvstendige eller overlappende hjemler for korreksjon, må det foretas en reell vurdering av de samlede faktiske forhold”.

Det riktige må etter min mening være at skattemyndighetene etter lignl. § 8-1 ikke trenger å legge skattyters beskrivelse av faktum til grunn, men kan avgjøre ”hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn” etter hva som fremstår som mest sannsynlig. Ut fra det faktum skattemyndighetene legger til grunn får man deretter vurdere om det etter de materielle skattereglene i skatteloven er grunn til å omklassifisere inntekten. Lignl. § 8-1 kan derfor ikke ses som en egen omklassifiseringshjemmel, men dette er da heller ikke nødvendig for å omklassifisere.

Det har også vært en del usikkerhet om sktl. § 13-1 kan brukes som hjemmel for omklassifisering. I Rt. 2006 s. 1573 (Dillerud) ble bestemmelsen brukt til å beregne såkalt tvangslønn til en deltaker som ikke hadde fått arbeidsgodtgjørelse for arbeid i selskapet. I en artikkel fra 2007 skriver også Zimmer at det ”sentrale anvendelsesområdet for sktl. § 13-1 er som nevnt å justere priser som anses for å være for lave eller høye eller å *reklassifisere en betalingsstrøm* [...] (min kursivering).¹²⁵

Skattedirektoratet skriver imidlertid i en uttalelse fra 2009¹²⁶ at etter bortfallet av delingsmodellen¹²⁷ skal sktl. § 13-1 normalt ikke anvendes til omklassifisering på aksjeeiere og deltakere som er aktive i egne selskaper for å fastsette økt arbeidsinntekt. I samme uttalelse skriver imidlertid direktoratet at det kan bli aktuelt å beskatte arbeidene eier for arbeidsgenerert inntekt hvor det blir snakk om et tilordningsspørsmål. Uttalelsen gir et eksempel hvor eieren arbeider for et selskap som vedkommende indirekte eier. Dette vil typisk være situasjonen for forvaltere av PE fond, som kun har en liten indirekte eierandel i PE fondet.

¹²⁴ Zimmer (2010) ”Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?” s. 1077.

¹²⁵ Zimmer (2007) s. 361. Skatterett nr. 4.

¹²⁶ Utv 2009 s. 1284.

¹²⁷ Se Zimmer (2001) kap. 25 for en fremstilling av den nå opphevede delingsmodellen.

4.3.2.2 Vilkår for omklassifisering

Grensen mellom kapital- og arbeidsinntekt er ikke nærmere regulert i skatteloven eller i forskriftene til skatteloven.¹²⁸ Det sentrale vurderingstemaet blir hvorvidt det i realiteten foreligger en godtgjørelse for en arbeidsinnsats, som skal beskattes som en fordel vunnet ved arbeid, jf. sktl. §§ 5-1 og 5-10. Dette er uttalt i forarbeidene¹²⁹, som det er vist til i Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda)¹³⁰ avsnitt 62, og som blir presisert i avsnitt 63. I Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group), også om utbetalinger fra indre selskap, tar førstvoterende utgangspunkt i lagmannsrettens formulering av problemstillingen om ”hvorvidt de utbetalinger de stille deltakere har mottatt fra selskapet har sitt grunnlag i deres arbeidsinnsats i selskapet”, jf. avsnitt 41. Tilpasset problemet rundt suksesshonorarer blir spørsmålet om hvorvidt honorarene utbetalt til forvaltningsselskapene har sitt grunnlag i forvalternes arbeidsinnsats. Dette må avgjøres ved en konkret vurdering i hver sak. Foreløpig er det lite praksis på området, men de to Høyesterettsdommene om indre selskaper, SEB Enskilda og Boston Consulting Group, kan gi noe veiledning om hvilke momenter som kan bli avgjørende, selv om strukturen var nokså annerledes i disse selskapene enn et typisk PE fond.

Ett punkt som ble vektlagt i begge dommene var at de stille deltakerne hadde en avkastning på sin kapital som var påfallende høy (i Boston Consulting Group var ikke kapitalen innbetalt, og deltakerne fikk derfor all inntekt omklassifisert som arbeidsinntekt). Den var i SEB Enskilda-dommen henholdsvis 1056 prosent og 723 prosent i de aktuelle ligningsårene, og 75 prosent og 191 prosent i Boston Consulting Group-dommen.

Høy avkastning på innskutt kapital kan også bli tilfelle i PE fond. Forvalterne har ofte en svært liten andel i fondet gjennom sine selskaper (ofte gjennom General Partner), og suk-

¹²⁸ Zimmer og BA-HR (2010) s. 571.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 22 (1993-94) s. 5.

¹³⁰ Selv om dommen gjelder inntektsårene 2002 og 2003, da delingsmodellen gjaldt for inntekt i personforetak, må vilkårene for omklassifisering fortsatt være aktuelle i dag.

sessshonorarene vil kunne gi svært høy kapitalavkastning på disse andelene. Dette vil isolert sett trekke i retning av å se suksesshonorarene som arbeidsvederlag. I de tilfellene PE fondet er organisert som et kommandittselskap kan som nevnt et argument for at suksesshonoraret skal klassifiseres som kapitalinntekt være at General Partner tar på seg en høyere risiko enn investorene ved at det har ubegrenset ansvar, og av den grunn bør ha en høyere avkastning på sine investeringer enn investorene som kun hefter for sin innskutte kapital. Dette motargumentet faller imidlertid bort hvor selskapet som mottar suksesshonoraret ikke står som komplementar, noe som er nokså vanlig.

Et annet punkt vektlagt i dommene var at såkalte systemverdier, som merkenavn og goodwill, i all hovedsak var knyttet til hovedmennene i de indre selskapene, ikke til de stille deltakerne, jf. avsnitt 92 i SEB Enskilda og avsnitt 43 i Boston Consulting Group.

Dette vil kunne stille seg annerledes i PE fond, hvor forvalterne er de som sitter på kunnskap og nettverk, og har bygget opp merkenavn og goodwill i markedet. En kan da argumentere for at det ikke bare er arbeidsinnsatsen til forvalterne som skaper inntektene, men også den goodwill som de gjennom sine selskaper har opparbeidet. Et annet spørsmål blir da i hvilken grad man i forhold til goodwill kan se de ulike selskapene til forvalterne i sammenheng. Dersom det kun er forvaltningsselskapet som står for oppbygningen av goodwill spørres det hvilken relevans dette har for at et annet selskap skal kunne ta imot suksesshonorarene som kapitalinntekt.

Noen konklusjon på om suksesshonorarene vil bli ansett som arbeidsinntekt eller kapitalinntekt er det vanskelig å gi. Etter min mening er det en noe svakere tilknytning mellom arbeidsinnsats og suksesshonorarer i PE fondene enn tilfellet var i dommene om indre selskaper. I SEB Enskilda ble det vektlagt at kun de som arbeidet i full stilling kunne være deltakere, at eierandelene hyppig ble omfordelt for å gjenspeile deltakernes viktighet for selskapet og at en deltaker ved uttreten kun ville få innskuddet sitt tilbake.

At forvalterne i fondene kommer og går er ikke helt upraktisk, uten at dette påvirker suksesshonorarene. Størrelsen på suksesshonorarene avhenger kun av avkastningen i fondet. Men en kan ikke utelukke at det finnes avtaler forvalterne i mellom som skal regulere

forvalternes andel av suksesshonorarene i tilfeller hvor en forvalter ikke lenger ønsker å være med på forvaltningen av PE fondet. Dette vil i så fall trekke i retning av at det dreier seg om arbeidsinntekt.

4.3.2.3 Oppsummering

Dersom suksesshonorarene skulle bli klassifisert som arbeidsinntekt kan det bli vanskelig for forvalterne å få betalt skatteregningen. Suksesshonorarene blir ofte satt på en såkalt "escrow-account" etter hver enkelt realisasjon av et porteføljeselskap. Pengene på denne kontoen blir først utbetalt når alle porteføljeselskapene er realisert, PE fondet er avviklet og man har oversikt over den totale avkastningen for fondet. For arbeidsinntekt skal kontantprinsippet sørge for at arbeidstakere ikke får likviditetsproblemer i forbindelse med betaling av skatten. En løsning her kan da være at suksesshonorarene tilordnes forvalterne, men at periodiseringen først skjer ved utbetaling fra "escrow-account".

Selv om honorarene blir tilordnet forvalterne som arbeidsinntekt vil de fortsatt bli utbetalt til et aksjeselskap. Hvor en enkelt forvalter ikke har kontroll over dette selskapet kan han komme i den situasjonen at han er pliktig et stort skattebeløp, men ikke har mulighet til å få gjennomslag for utbytteutbetalinger fra selskapet som har mottatt suksesshonorarene. En mulighet er da å beskatte forvalterne først når suksesshonorarene blir utdelt videre fra forvalternes aksjeselskaper. Dette vil føre til at beskatningen utsettes på ubestemt tid. At skattyter, her i form av forvalterne, faktisk ikke får pengene før utbetaling foretas og at skattelegging derfor utsettes er godtatt av Høyesterett i Rt. 1976 s. 1317 (Harnoll).

Et annet spørsmål er om suksesshonorarene utbetalt til forvalternes aksjeselskaper skal utbyttebeskattes når de utdeles videre til forvalterne. Om honorarene blir ansett som arbeidsinntekt må formodentlig utbetalinger fra aksjeselskapet som stammer fra suksesshonorarene være unntatt for utbyttebeskatning, en annen løsning vil medføre en urimelig høy skattesats på honorarene.

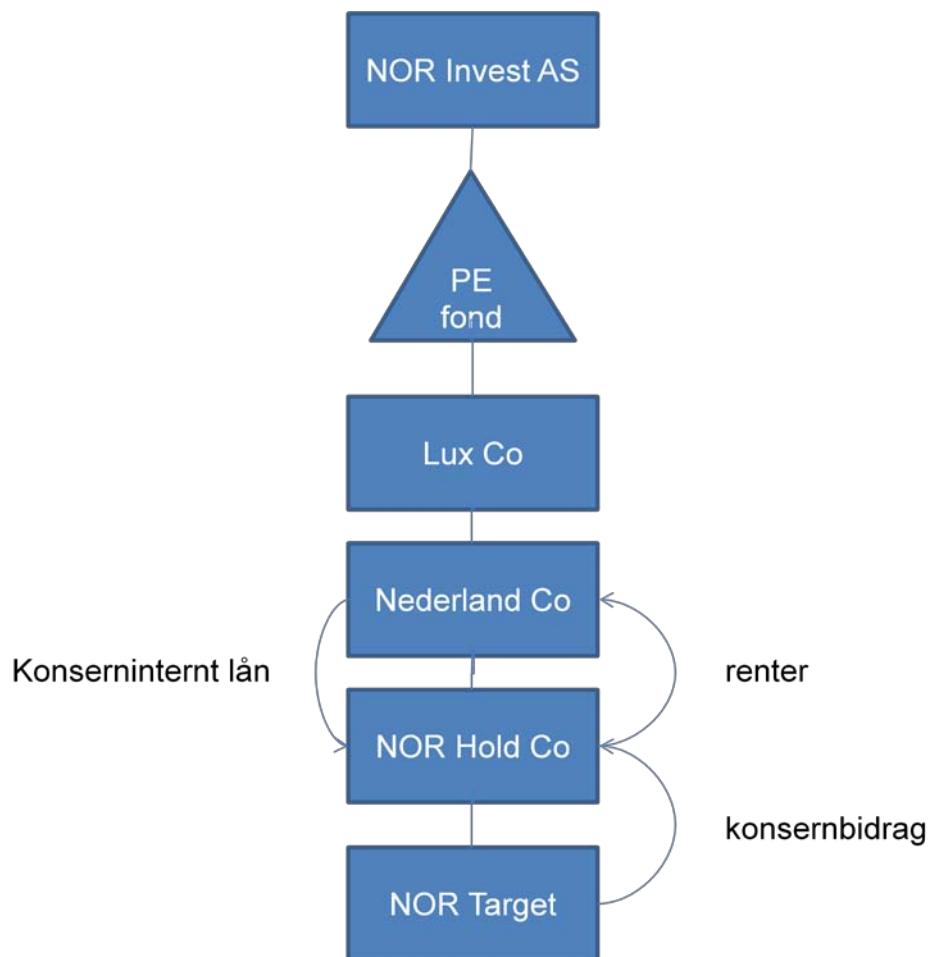
Fra et skattepolitisk synspunkt kan en også spørre om man ønsker å beskatte denne typen virksomhet som arbeidsinntekt. Beskatning av forvaltningshonorarene, som skattelegges som virksomhetsinntekt i forvaltningsselskapene, gjør at forvaltning av PE fond ikke er en

bransje som fullstendig unndrar seg skatt. Samtidig vil en høyere beskatning alltid medføre en fare for at virksomheten flyttes utenlands. I de tilfeller suksesshonorarene faller inn under fritaksmetoden vil riktignok skattetapet ved utflytting av virksomheten bli minimal. Det kan fort bli en vurdering av ønsket om høyere beskatning opp mot viktigheten av å beholde kompetansen i PE bransjen innenlands.

5 Rentefradrag og konsernbidrag

Det er to måter et PE fond kan finansiere sine oppkjøp på: Enten ved bruk av egenkapitalen i fondet, eller ved hjelp av fremmedkapital, typisk i form av et banklån. Det er bruk av egenkapital som her skal diskuteres.

Ved bruk av egenkapital kan det i stedet for direkte oppkjøp av porteføljeselskapet fra fondets side være ønskelig å yte et konserninternt lån til et underliggende holdingselskap, som igjen bruker dette lånet til å foreta oppkjøpet av porteføljeselskapet. Strukturen kan da se ut slik som i figur 1, hvor holdingselskapet betaler renter til långiver, samtidig som porteføljeselskapet ved konsernbidrag til holdingselskapet er med på å betjene rentene. Porteføljeselskapet vil da få fradrag i sin virksomhetsinntekt for det konsernbidraget det yter.



Figur 1

En grunn til å foreta en slik finansiering er at det er lettere å tilbakebetale fremmedkapital enn egenkapital, jf. Rt. 2010 s. 790 (*Preferansekapital*) avsnitt 50. Både beslutning om utbytte og nedsettelse av aksjekapital må følge aksjelovens materielle og prosessuelle bestemmelser. Tilbakebetaling av lån er langt enklere.

Den viktigste årsaken er nok likevel den ulike skattemessige behandlingen av egenkapital og gjeld. Avkastingen på egenkapital, aksjeutbytte, er ikke fradragsberettiget for det utdelende selskap. For renter derimot gis det fradragsrett etter sktl. § 6-40, 1. ledd. Det kreves ikke at rentene er tilknyttet skattepliktig inntekt for å få fradrag. I motsetning til utbytte skal det heller ikke svares noe kildeskatt på rentebetalinger til utlandet.

Hvor utbytte faller inn under fritaksmetoden vil mottakeren være fritatt skattelegging av dette, og for utbytte mottatt fra selskap i samme konsern kommer heller ikke treprosent-regelen til anvendelse, jf. sktl. § 2-38, 6. ledd bokstav c. For kreditorer skattepliktig i Norge vil derimot rentene skattelegges etter sktl. §§ 5-1, jf. 5-20, 1. ledd bokstav b med en skattesats på 28 prosent, tilsvarende satsen for rentefradrag.

I de tilfellene hvor kreditor ikke er skattepliktig i Norge blir det imidlertid annerledes. Rentefradraget det norske selskapet blir tilkjent vil ikke lenger motsvares av en tilsvarende renteinntekt hos en norsk långiver. Det oppstår dermed et skattetap for Norge. Dette kan utnyttes av f.eks. PE fond ved konserninterne lån. Om kreditor er hjemmehørende i et land hvor skattesatsen på renteinntekter er lavere enn det norske rentefradraget, vil konsernet, her i form av et PE fond, få redusert sin totale skattekostnad.

Det er også mulig å benytte seg av såkalte hybridinstrumenter. Dette er finansielle instrumenter som blir klassifisert som gjeld i et land og egenkapital i et annet. Potensielt kan et "låntakerselskap" dermed få rentefradrag i Norge og tilbakebetalingen vil være unntatt kildeskatt, mens det i hjemlandet til mottakerselskapet blir definert som utbytte og faller inn under en form for fritaksmetode.

At det i utgangspunktet ikke er noen begrensning i fradrag for renteutgifter i Norge medfører at skattetapet kan bli betydelig. Andre land som f.eks. Danmark har for å forhindre dette innført begrensninger, med blant annet regler om maksimale rentefradrag.

5.1 Egenkapital eller gjeld

Problemstillingen egenkapital eller gjeld vil i forhold til PE fond oppstå hvor et selskap mottar en eller flere kapitaloverføringer fra et annet selskap høyere opp i fondsstrukturen. På grunn av ulik skattemessig behandling må en ta stilling til om overføringen skal klassifiseres som egenkapital eller gjeld. Som beskrevet ovenfor vil det for PE fondet som konsern ofte være skattemessig gunstig å få overføringen klassifisert som gjeld.

Utgangspunktet er at ”den materiell ordningen partene, innenfor avtalefrihetens ramme, har etablert seg imellom, også styrer de skattevirkninger ordningen skal få”, jf. Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing AS) avsnitt 43. Den ordningen partene har etablert og handlet etter, er ikke nødvendigvis den samme ordning som er kommet til uttrykk i avtalen mellom partene. Hva partene har betegnet avtalen som kan derfor ikke være avgjørende.¹³¹ Om avtalen er betegnet som egenkapital, men har klare likhetstrekk og er behandlet som et lån, kan man ikke legge til grunn at det her dreier seg om egenkapital.

Forskjellen mellom lån og egenkapital er at det for lån foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt. Egenkapital derimot, kan bare kreves tilbakebetalt ved likvidasjon, utløsning eller lignende, og det er bare andelen av differansen mellom selskapets eiendeler og forpliktelser på dette tidspunktet som kan kreves tilbakebetalt.¹³² Dersom det foreligger slik tilbakebetalingsplikt vil det trekke sterkt i retning av fremmedkapital. Hvorvidt det foreligger en alminnelig tilbakebetalingsforpliktelse må avgjøres ved en alminnelig tolkning av det rettsgrunnlag transaksjonen bygger på. Om en slik tolkning ikke gir noe svar, må klassifiseringen skje ved en ”samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital”, jf. Rt. 2001 s. 851 (Preferansekapital) s. 863.

¹³¹ Rt. 2001 s. 851 s. 865 (Preferansekapital).

¹³² Rt. 2010 s. 790 avs. 44 (Telecomputing AS).

I denne vurderingen er det særlig lagt vekt på hvorvidt en kapitaloverføring har tapsabsorberende evne. Med det menes om selskapet som mottar overføringen kan nedskrive denne for å dekke tap eller underskudd i den løpende driften, uten samtykke fra den som har overført kapitalen. Er en slik nedskrivning mulig, vil det trekke i retning av egenkapital fremfor lån. I Telecomputing-dommen, som omhandlet et norsk morselskaps overføringer til et datterselskap i USA, ble det tatt til inntekt for at det dreide seg om et lån og ikke egenkapital at den tapsabsorberende evnen ikke var til stede. Det amerikanske datterselskapet hadde her ikke rett til å skrive ned kapitalen uten det norske morselskaps samtykke. Og i Preferansekapital-dommen, som omhandlet to bankers tilføring av såkalt preferansekapital fra Forretningsbankenes Sikringsfond og Statens banksikringsfond, trakk den tapsabsorberende evnen ”sterkt i retning av å anse preferansekapitalen som egenkapital”, jf. dommen s. 865.

Et annet moment i vurderingen er hvilken risiko plassering av kapitalen innebærer. Jo høyere risiko, jo mer nærliggende er det å anse overføringen som egenkapital. At risikoen var høy ble fremhevet både i Preferansekapital og Telecomputing AS, selv om det ikke ble ansett avgjørende i Telecomputing AS. På den annen side vil det når det foreligger høy risiko være bedre å yte kapital som et lån enn som egenkapital. Ved et lån vil man ved manglende betaling for det første ha misligholdsbeføyelser, og skulle selskapet gå over ende vil man ha et dividendekrav i boet.

Andre momenter som er vektlagt i rettspraksis er hvilken sikkerhet som eventuelt er stilt for lånet, og om det er avtalt misligholdsbeføyelser. Dette er egenskaper som er typisk for lån.

En omklassifisering fra gjeld til egenkapital, som vil være det aktuelle for PE fond, vil for det første ha den virkningen at det inntektsgrunnlaget som kan beskattes hos det norske porteføljeselskapet vil øke. Det vil ikke lenger kunne føre renteutgiftene til fradrag i andre inntekter. Videre vil en omklassifisering også kunne innebære at tilbakebetalingene anses

som ulovlig utbetalt utbytte.¹³³ Det vil da ikke kunne falle inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a, og utbetalingen vil bli ilagt kildeskatt. Sett under ett vil dette vesentlig øke skattebyrden for det samlede PE fond konsernet.

5.2 Tynn kapitalisering

Tilfellet som her vil bli diskutert er hvor et norsk datterselskap i en PE fond struktur har en uforholdsmessig stor andel gjeld i forhold til egenkapital som følge av konserninterne lån. Det kan da bli spørsmål om deler av lånet norsk skattyter krever rentefradrag for må omklassifiseres til egenkapital for skatteformål, og at rentefradrag for denne delen må nektes.

Selv hvor det ut fra egenskapene til den overførte kapitalen er klart at det er snakk om et lån, jf. ovenfor, kan det med utgangspunktet i armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1 nektes fradragsrett for rentebetalinger på konserninterne lån dersom debitor har en unaturlig høy gjeldsgrad i forhold til hva som ville blitt avtalt mellom uavhengige parter. For at skattemyndighetene skal nekte fradragsrett må det etter sktl. § 13-1 ha skjedd en reduksjon av inntekt på grunn av et interessefellesskap, og det må være årsakssammenheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen. Inntektsreduksjonen skjer ved at selskapet som følge av en unaturlig høy gjeldsgrad får for store rentefradrag, som reduserer annen skattepliktig inntekt. Meropplåningen erstatter således det egenkapitalinnskuddet som ville vært nødvendig om selskapet skulle lånefinansiere på egenhånd.¹³⁴ At det ved konserninterne lån foreligger både interessefellesskap og årsakssammenhenge vil sjelden være problematisk.

Det er situasjonen på lånetidspunktet som skal vurderes.¹³⁵ Om egenkapital siden reduseres f.eks. på grunn av driftsunderskudd og gjeldsgraden dermed øker, kan ikke dette vektlegges i gjeldsgradsvurderingen.

¹³³ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 1107.

¹³⁴ *Ibid.* s. 1117.

¹³⁵ *Ibid.* s. 1133.

Problemstillingen er således hva som skal regnes som en unaturlig høy gjeldsgrad. Vurderingstemaet er hvilken gjeldsgrad en uavhengig debitor kunne oppnådd hos en uavhengig kreditor.¹³⁶ En må her se på konkrete forhold både hos debitor, kreditor og selve lånet.

På debitorsiden vil særlig debtors lånekapasitet være sentralt i vurderingen, og det avgjørende blir ofte hvilken kredittverdighet selskapet har. Andre relevante forhold kan være forventet inntjeningsevne, hvilken bransje selskapet operer i og om selskapet kan stille noen form for sikkerhet for lånet.¹³⁷ I forhold til sikkerhet ved pant kan det bli spørsmål om i hvilken grad man kan ta med i beregningen verdier som selskapet av forretningsmessige grunner ikke ønsker å sette som sikkerhet. Det avgjørende må etter min mening være hvilke eiendeler selskapet rettslig sett kan stille som sikkerhet, ikke hva de etter en forretningsmessig avveining faktisk ønsker å stille som sikkerhet.

På kreditorssiden blir det en vurdering av kreditors lånevillighet. Det er særlig kreditors vurdering av debtors kredittverdighet som blir avgjørende. I denne vurderingen skal det tas hensyn til hvilken innsikt kreditor har i debtors virksomhet, og at denne innsikten som regel vil være større i konserninterne forhold.¹³⁸ Større innsikt gir mindre usikkerhet, noe som kan forsvare en høyere gjeldsgrad.

Det er vanskelig å si mer spesifikt hva som skal regnes som en unaturlig høy gjeldsgrad, hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. I petroleumsskatteloven hadde man tidligere særlige regler om tynn kapitalisering for petroleumsindustrien. Petroleumsskatteloven § 3 bokstav h (opphevet fra 1. januar 2007) bestemte at skattytere omfattet av loven måtte ha en egenkapitalandel på minst 20 prosent for å få fullt rentefradrag. Det kan være flere grunner til at en analogi fra denne bestemmelsen er hensiktsmessig i vurderingen av gjeldsgra-

¹³⁶ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 1133.

¹³⁷ *Ibid.* s. 1132.

¹³⁸ *Ibid.* s. 1133.

den.¹³⁹ For det første finnes det ingen andre konkrete prosenttall å holde seg til i vurderingen. For det andre gir det en lovteknisk enkel regel. For det tredje er petroleumsutvinning både kapitalkrevende og risikofyllt, slik at det for andre bransjer neppe vil slå uheldig ut dersom 20 prosent egenkapital anses tilstrekkelig. Men det er nok neppe grunnlag for å oppstille et ubetinget krav om 20 prosent egenkapital for å få rett til fullt rentefradrag. Det vil nok også finnes tilfeller hvor 20 prosent ikke vil anses som tilstrekkelig.

Også aksjeloven inneholder bestemmelser om egenkapital. Etter asl. § 3-4 kreves det at selskapet til enhver tid skal ha en ”forsvarlig egenkapital”. Bestemmelsen sikter nok mer på den totale størrelsen på egenkapitalen i seg selv, enn forholdet mellom egenkapital og gjeld. Men gjeldsgraden er tatt med som et moment i vurdering¹⁴⁰, i tillegg til hvilken risiko selskapets virksomhet innebærer, om selskapet er i en oppstartsfase og hvilke type lån og finansiering selskapet har.

Etter asl. § 8-1, 2. ledd er det begrensninger i adgangen til å utdele utbytte hvor egenkapitalen er mindre enn 10 prosent av balansesummen. Er gjeldsgraden over 90 prosent vil det nok være fare for en reduksjon av rentefradraget, men igjen må det også her foretas en konkret vurdering.

Dersom man kommer til at det norske selskapet er tynt kapitalisert, vil det være grunnlag for en skjønnslingning av selskapet etter sktl. § 13-1. Det vil i prinsippet da foretas en omklassifisering av lånet. Det er imidlertid ikke adgang til å omklassifisere mer en det som gjør at selskapet får den høyeste akseptable gjeldsgraden mellom uavhengige parter.¹⁴¹

Et annet spørsmål er om tilbakebetaling av de delene av lånet som er omklassifisert til egenkapital skal regnes som utbytte, og således kan bli gjenstand for kildeskatt. Dette blir omtalt som sekundær retting. En forutsetning for dette må være at det er mor som er kreditor, og ikke et annet selskap høyere opp i PE fond strukturen. Dersom en regner disse tilba-

¹³⁹ Andresen og Nyberg (2010) s. 58.

¹⁴⁰ NOU 1996: 3 kap. 13.6.2

¹⁴¹ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 1135.

kebetalingene som utbytte blir det for utenlandske kreditorer avgjørende om utbyttet er lovlig utdelt, dette er et vilkår for å være fritatt kildeskatt innenfor EØS, jf. sktl. § 2-38, 2. ledd bokstav a. Imidlertid hjemler enkelte skatteavtaler fritak for kildeskatt, og i disse avtaler er det ikke alltid tatt forbehold om at utbytte er lovlig utdelt. Dette er f.eks. tilfellet i den Nordiske skatteavtale, jf. art 10 nr. 3, men med forbehold for porteføljeinvesteringer under 10 %. Ut fra ordlyden i skatteavtalen skulle da også ulovlig utdelt utbytte være fritatt for kildeskatt. Spørsmålet har i praksis ikke kommet på spissen siden man i ligningspraksis ikke har behandlet tilbakebetalingene som utbytte.¹⁴²

5.3 Den avtalte lånerente

Også den avtalte lånerenten kan med hjemmel i armlengdeprinsippet i sktl. § 13-1 skjønnsmessig nedsettes ved at debitor ikke får fullt fradrag for sine rentekostnader. Ved at renten settes høyere enn hva som er markedsmessig får det norske debitorselskapet høyere rentekostnader og dermed redusert sin skattepliktige inntekt. Avgjørende vil også i denne vurderingen være hvilken rente som ville vært avtalt mellom uavhengige parter i en tilsvarende lånetransaksjon.¹⁴³

Det kan være verdt å merke seg en sammenheng med vurderingen av tynn kapitalisering: Hvor et selskap ved et konserninternt lån har fått låne mer enn hva det ville fått hos en uavhengig kreditor, men samtidig fått gunstigere lånevilkår f.eks. i form av lavere rente, vil det samlet sett ikke foreligge noen inntektsreduksjon hos debitor.

Også i vurderingen av avtalt lånerente må det for å foreta en skjønnslikning etter sktl. § 13-1 i tillegg til en inntekstreduksjon foreligge interessefellesskap og årsakssammenheng. Som nevnt tidligere vil disse vilkårene nesten alltid være tilstede i PE fond konserner.

¹⁴² *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 1138.

¹⁴³ *Ibid.* s. 1139.

Mange av momentene under tynn kapitaliseringsproblematikken er aktuelle også i vurderingen av hvilken rentesats som ville vært avtalt mellom uavhengige parter. Det naturlige er å sammenligne hva bankrenten vil være på tilsvarende lån.¹⁴⁴ Debtors kredittverdighet står helt sentralt, også om det er stilt noen form for sikkerhet. I tillegg vektlegges størrelsen på avtalt lånebeløp og hvilken forfallstid som er avtalt. Også større innsikt mellom partene i konserninterne lån må tas med i vurderingen, men her vil mindre usikkerhet trekke i retning av en noe lavere rentesats.¹⁴⁵

Virkningen av for høy avtalt rentesats vil være at den norske debitor ikke får fradrag for den delen av rentene som skriver seg fra den ekstra rentesatsen. Det vil fortsatt bli gitt fradrag for de renteutgiftene som ville oppstått ved en markedsmessig rentesats.

Heller ikke i rentesats tilfellene har man foretatt en sekundær retting og behandlet de ekstra rentebetalingene som utbytte.¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 1141.

¹⁴⁵ *Ibid.* s. 1142.

¹⁴⁶ *Ibid.* s. 1145.

6 Litteraturliste

Norske lover:

- | | |
|------|---|
| 1980 | Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24. |
| 1985 | Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83. |
| 1997 | Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. feb. 1997 nr. 19. |
| 1997 | Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44. |
| 1999 | Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars. 1999 nr. 14. |
| 2007 | Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloyen) av 29. juni 2007 nr. 75. |
| 2011 | Lov om verdipapirfond (verdipapirfondloven) av 25. november 2011 nr. 44. |

Dommer:

- Rt. 1976 s. 1317 (Harnoll)
Rt. 1987 s. 729 (Bokreditt)
Rt. 1990 s. 1293 (Ytterbøe)
Rt. 2001 s. 851 (Preferansekapital)
Rt. 2001 s. 1444 (Skøyen Næringspark)
Rt. 2002 s. 1144
Rt 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg)
Rt. 2009 s. 813 (Gaard/Tveit)
Rt. 2009 s. 105 (SEB Enskilda)
Rt. 2010 s. 527 (Boston Consulting Group)
Rt. 2010 s. 790 (Telecomputing AS)
Rt. 2012 s. 1380 (Hydro KG)

LB-2005-76733 (Utv. 2006 s. 1151)

LB-2010-189217 (Utv. 2012 s. 177)

Internasjonale dommer:

Sak E-1/04 *Fokus Bank mot Norge*, EFTA Court Report 2004 s. 11.

Vedtak:

Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2012 (Stortingets skattevedtak).

Stortingsvedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden for 2012 (Stortingsvedtak om avgifter til folketrygden).

Forarbeider:

NOU 1996: 3	Ny aksjelovgivning.
Ot.prp. nr. 16 (1991-92)	Oppfølging av skattereformen 1992.
Ot.prp. nr. 17 (1992-93)	Endringer i skattereglene for deltakere i sameie, ansvarlig selskap, kommandittselskap m.v.
Ot.prp. nr. 22 (1993-94)	Endringer i skattelovgivningen.
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.
Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)	Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.
Ot.prp. nr. 36 (2007-2008)	Om lov om endringer i lov 12. juni 1981 nr. 52 om verdipapirfond mv. (regler om spesialfond).
Ot.prp. nr. 1 (2008-2009)	Skatte- og avgiftsopplegget 2009 – lovendringer.
Innst. O. nr. 59 (2007-2008)	Innstilling fra finanskomiteen om lov om endringer i lov 12. juni 1981 nr. 53 om verdipapirfond mv. (regler om spesialfond).

Prop. 112 L (2011-2012) Engringar i skatte-, avgifts- og tollovgivninga.

Stortingsmeldinger:

St. meld. nr. 29 (2003-2004) Om skattereform.

Uttalelser fra skattemyndighetene:

Utv. 2001 s. 278 Spørsmål om Monaco er lavskatteland i forhold til NOKUS-reglene.

Utv. 2004 s. 356 Fra lignings- og klagebehandlingen ved Sentralskattekontoret for storbedrifter.

Utv. 2006 s. 485 Begrepet ”hjemmehørende” i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d.

Utv. 2007 s. 158 Fritaksmetoden og DLS – subjektet for eierkrav i selskap utenfor EØS.

Utv. 2007 s. 922 Fritaksmetoden – Skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b.

Utv. 2007 s. 1568 Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden.

Utv. 2009 s. 363 Spørsmål om kravene til reell etablering og virksomhet oppfylles av verdipapirfond i Luxembourg – sktl. § 10-64 (2008-607SFS).

Utv. 2009 s. 1280 Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden.

Utv. 2009 s. 1284	Om lønnsbeskatning av eiere av AS/DLS etter skatte-reformen 2004-2006.
Utv. 2010 s. 1240	Spørsmål knyttet til fritaksmetoden og lavskatteland.
Utv. 2010 s. 1348	Investeringer i SICAV-strukturer og forholdet til fritaksmetoden.
Utv. 2011 s. 1494	Fritaksmetoden og utenlandsk selskap – ulik klassifisering av selskapet etter norsk og utenlandsk rett.
Utv. 2012 s. 573	Fritaksmetodens anvendelse på selskap i Luxemburg.
BFU 5/12	Om et nederlandsk datterselskap var ”reelt etablert”.
Rundskriv:	
Finanstilsynet rundskriv 23/2007	Nye konsesjonspliktige tjenester mv. som følge av ny lov om verdipapirhandel.
Traktater:	
Nordiske skatteavtale	Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue.
Utenlandske lover:	
Aktieavancebeskatningsloven	Lovbekendtgørelse nr. 796 af 20. juni 2011 om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. Aktieavancebeskatningsloven. [Danmark]

Juridisk litteratur:

- Andresen og Nyberg (2010) Andresen, Svein G og Per Daniel Nyberg. *Tynn kapitalisering – skattejakt uten kart*. I: Revisjon og regnskap 2010 nr.6.
- Gjems-Onstad (2008) Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008.
- Grydeland og Sandvik (2009) Del I Grydeland, Aleksander og Eyvind Sandvik. *Utenlandske selskaper og fritaksmetoden Del I*. I: Revisjon og regnskap 2009 nr.1.
- Grydeland og Sandvik (2009) Del II Grydeland, Aleksander og Eyvind Sandvik. *Utenlandske selskaper og fritaksmetoden Del II*. I: Revisjon og regnskap 2009 nr.2.
- Hamilton (2010) Hamilton, Robert W., Jonathan R. Macey og Douglas K. Moll. *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*. 11. utg. USA, 2010.
- Høyland (2007) Høyland, Njaal Arne. Aksjeinnteker – deltakerligning og NOKUS-ligning. I: Skatterett 2007 nr.1, s. 22-36.
- Norsk internasjonal skatterett* (2011) Naas, Henning, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christian Svensen I: *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo, 2011.
- Zimmer og BA-HR (2010) Zimmer, Frederik i samarbeid med BA-HR. *Bedrift, selskap og skatt*. 5. utg. Oslo, 2010.

Zimmer (2009)

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009.

Zimmer og BA-HR (2001)

Zimmer, Frederik i samarbeid med BA-HR. *Bedrift, selskap og skatt*. 3. utg. Oslo, 2001.

Avisartikler:

Linderud, Espen. *Får regning på 87 mill*. I: Dagens Næringsliv 19. mai 2012. (hentet fra Retriever)

Nettdokument:

Folkvord, Benn. *Hvilke aksjefond innen EØS omfattes av fritaksmetoden*. I: Skatterett 2010 nr. 1 (sitert fra Lovdata).

Hauge, Harald. *Kommentar til skatteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (sitert 26. september 2012).

Høegh-Krohn, Joachim. *Private Equity-bransjen gjennom 10 år*.

[http://www.argentum.no/PageFiles/4016/Argentum_Joachim_foredrag_feb_2012.pdf]

Lund, Alexander S. og Cecilie Kvalheim. *Private equity fond og verdipapirfond – noen sammenlignende betraktninger*. I: Praktisk økonomi og finans. 2006 nr. 2, s. 35-44 (sitert fra idunn.no).

Lundqvist, Liv Haneberg. *Beskatning av norske investorer i utenlandske Private Equity fond*. I: Skatterett 2012 nr. 3, s. 221-246 (sitert fra idunn.no).

Snow, David. *Private Equity: A Brief Overview*. New York 2007.

[<http://www.peimedia.com/resources/PEI50/PEI%20Media's%20Private%20Equity%20-%20A%20Brief%20Overview.pdf>] (sitert 23. august 2012)

Stoveland, Per Helge. *Kommentar til skatteloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon (sitert 27. september 2012).

Zimmer, Frederik. *Høyesterettsdommer i skattesaker 2006*. I: Skatterett. 2007 nr. 4, s. 365 (sitert fra Lovdata).

Zimmer, Frederik. *Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?* I: Utvalget for skattesaker 2010 s. 1073-1079 (Utv. 2010 s. 1073) (sitert fra Lovdata).

Worsøe, Anne H. *En generell introduksjon til Venture Capital og Private Equity: «Forretningsmodellen, investerings- alternativene og aktørene»*. I: Praktisk økonomi og finans. 2006 nr. 2, s. 3-10 (sitert fra idunn.no).